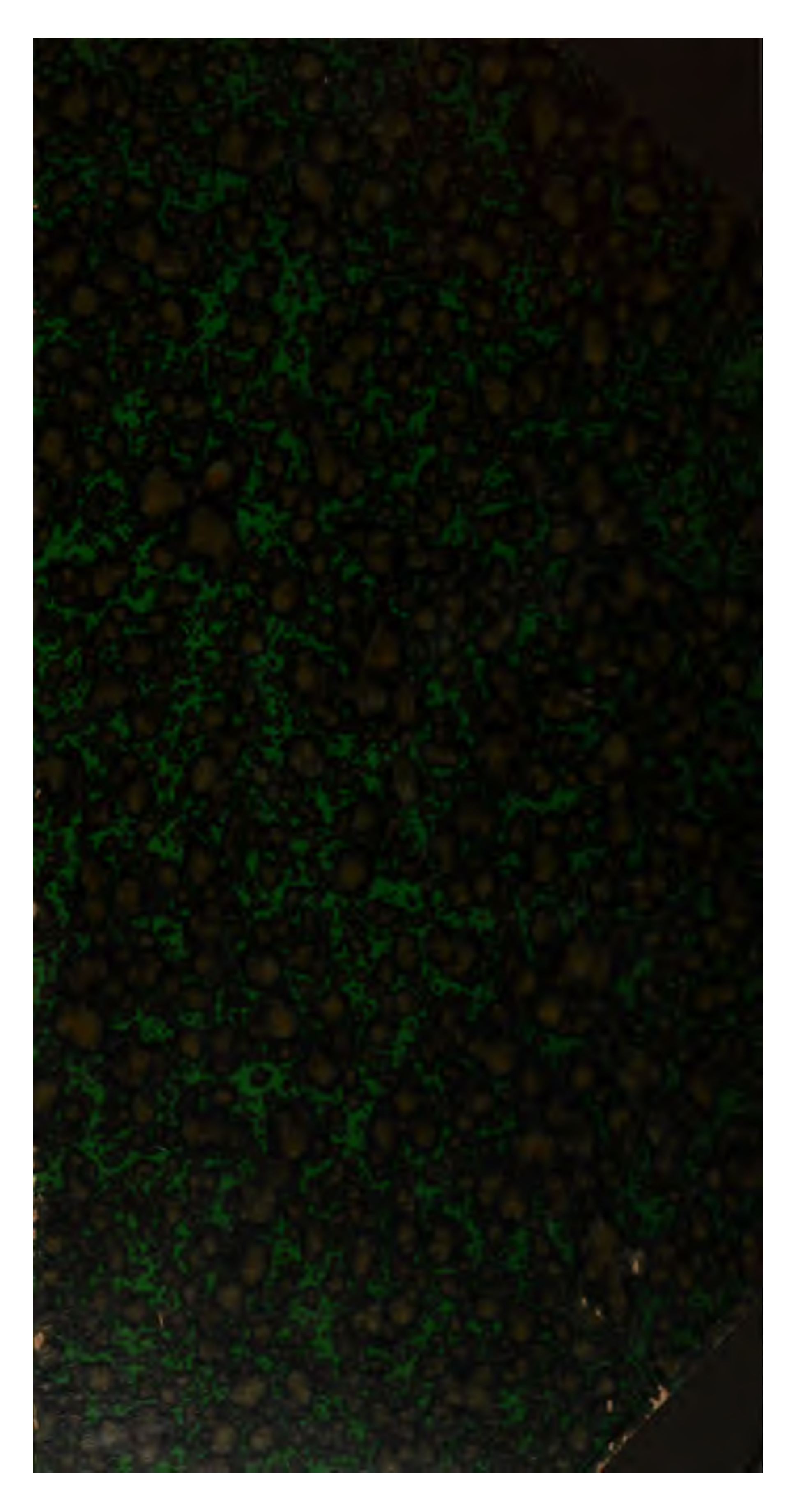



J. SCHWEITZER SORTIMENT
MÜNCHEN
6000191011





Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht.

Von

Nic. München,

der Theologie und beider Rechte Doctor, Dompropst an der Metropolitan-Domkirche, Erzbischöflicher Offizial etc. etc. zu Köln.

Erster Band:

Das kanonische Gerichtsverfahren.

Zweite Ausgabe.

Köln und Neuß.

Verlag der L. Schwann'schen Verlagshandlung.

1874.


BODLEIAN
LIBRARY

Einleitendes Vorwort.

In dieser Schrift sollen die Lehren über das kanonische Gerichtsverfahren und das Strafrecht vorgetragen werden. Veranlassung und Zweck ist zunächst ein praktisches Interesse, hervorgegangen aus der Ueberzeugung, daß die Kenntniß dieser Lehren einem katholischen Geistlichen für sein persönliches Verhalten sowohl, als in jedem Zweige einer kirchlichen Amtswirksamkeit unentbehrlich, oder doch sehr nützlich werden kann.

Die Verschiedenheit des Gegenstandes ergibt von selbst schon die nothwendige Absonderung der Lehren in zwei Theile. Für die Ordnung der Aufeinanderfolge beider gibt es keinen innern nöthigenden Grund. Sie stehen zwar in einem gewissen innern Zusammenhange, doch aber in keinem solchen, daß die Lehre von dem Einen ohne die Kenntniß von dem Andern nicht begriffen, oder nicht genügend verstanden werden könnte. Die Dekretalen beginnen mit dem Prozesse und schließen mit dem Strafrecht, was wenigstens ein äußerer Anlaß ist, die nämliche Ordnung beizubehalten. Der angedeutete praktische Zweck mußte auch auf die Behandlungsweise der Lehren Einfluß üben. Sie muß nämlich vor Allem eine

solche sein, daß der gebildete Theologe auch ohne spezielle juristische Kenntnisse das Ganze und das Einzelne verstehen und überzeugende Einsicht davon gewinnen kann. Das kann einerseits durch Einfachheit und Klarheit der Darstellung, andererseits und vorzüglich durch verdeutlichendes Eingehen in die Grundlehren erreicht werden.



Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Erster Titel.

Jurisdiktion.

1. In der Kirche besteht, wie im Staate, zur Sicherung streitiger Rechte und zur Bestrafung der Verbrechen und Vergehen eine Richtergewalt, Gerichtsbarkeit, jurisdictio, genannt. Sie ist ein Bestandtheil und Ausfluß der höchsten Gewalt, summa potestas. Dieses Verhältniß der Jurisdiktion und ihr Begriff müssen hier näher erörtert werden.

2. Die Grundvorstellung von Gewalt, potestas, ist das Vermögen, außer sich zu wirken und etwas zu Stande zu bringen. An der obersten Gewalt in der Kirche, wie im Staate, besteht dieses Wirken einerseits in dem Verpflichten derjenigen, die ihr unterworfen sind, und andererseits in dem Verwirklichen des Gewollten durch Anwendung der geeigneten Mittel. Die Gewalt ist daher eine Befugniß, das heißt, eine Zuständigkeit auf Seiten dessen betrachtet, der sie besitzt; doch ist sie mehr, da ein bloßes Befugtsein noch kein Wirken, insbesondere noch kein sittliches und rechtliches Nöthigen und Verpflichten Anderer einschließt. Sie ist ferner zwar auch ein Recht, nämlich Andern gegenüber betrachtet, und in so fern diese ihre Aeußerungen nicht hindern dürfen; allein sie ist mehr, da ein Recht ebenfalls noch kein Wirken nach außen hin und auf Andere enthält.

3. Die oberste Gewalt ist und heißt eine Regierungsgewalt, in so fern sie zum Erstreben ihres Zweckes berufen und thätig ist. Das

Lenken zusammenwirkender Kräfte nach einem Ziele hin, ist Regieren. Nach der Unabhängigkeit und Unwiderstehlichkeit des Willens des Inhabers der obersten Gewalt betrachtet, nennen wir sie eine Herrschergewalt. Bei ihrer Bezeichnung als eine Regierungsgewalt ist die Vorstellung von der Leitung und Lenkung eines Schiffes auf die eines Staates übertragen. So dachte sie sich Cicero, wo er von der Sullanischen Diktatur äußerte[1]): »quid miramur, L. Sullam, quum solus rem publicam regeret, orbemque terrarum gubernaret, imperiique majestatem, quam armis receperat, legibus confirmaret, aliqua animadvertere non potuisse.« Zur Erstrebung des Zweckes nun ist der Gewalthaber theils gebietend und verbietend durch Erklärung seines Willens über das, was geschehen soll, oder nicht geschehen darf, und theils handelnd und anordnend thätig[2]), sei es unmittelbar um des Zweckes willen, oder mittelbar zur Sicherung des Gebotenen und zur Abwehr des Verbotenen. In der ersten Sphäre äußert sich also die Gewalt als eine normirende, eine gesetzgebende, das Gesetz im allgemeinen Sinne als leitenden Satz genommen, in der zweiten als eine das Gesetz ausführende, und zwar als eine zwingende, eine Zwangsgewalt, und als eine strafende, eine Strafgewalt. Beide, die Gesetzgebungs- und die Zwangsgewalt, schließt das imperium oder potestas in sich ein, was hier nicht ohne Nachweise bleiben darf.

Dazu kann hier von folgendem Satze der Institutionen ausgegangen werden[3]): »Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, quum lege regia, quae de ejus imperio lata est, populus ei, et in eum imperium suum et potestatem concedat.« Hier ist die höchste Staatsgewalt imperium et potestas genannt. Wie sich beide in der speziellen Vorstellung unterscheiden, wird sich noch ergeben. Worin das Imperium gedacht ist und besteht, deutet Cicero in den Worten an[4]): »Denique imperium domesticum nullum erit, si servulis hoc nostris concesserimus, ut ad verba nobis obediant, non ad id quod ex

---

[1]) Cic. pro Sext. Rosc. Amer. c. 45. §. 131.

[2]) Fr. Qui dolo. 10. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.) »Qui dolo malo fecerit, quominus. . . , is, qui potestatem imperiumve habebit, quam ei jus erit, decernat, imperet, faciat.«

[3]) §. Sed et quod. 6. J. de jure natur (1. 2.) Ulp. Fr. Quod principi. 1. pr. D. de constit. princip. (1. 4.) Tacitus sagt, Annal. I c. 1. von Augustus: ». . . qui cuncta . . . nomine principis sub imperium accepit.«

[4]) Cic. pro A. Caecin. c. 18 § 52.

verbis intelligi possit, obtemperent.« Auch die Gewalt des Herrn seinem Sclaven gegenüber ist ein Imperium, und seiner Wesenheit nach ist es die durch Kundgebung des Willens verpflichtende Gewalt, oder, vom Staate ausgesagt, die Gesetzgebungsgewalt. Nach der Erklärung von Paulus [5]): »Potestatis verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium,« hat auch die väterliche Gewalt Aehnlichkeit mit dem Imperium; sie ist aber zunächst eine zu kindlichem Gehorsam gegen den väterlichen Willen verpflichtende. Von der königlichen Gewalt nun meldet Pomponius [6]): »Igitur constituto principe, datum est ei jus, ut, quod constituisset, ratum esset«; zum Imperium der höchsten Staatsgewalt gehörte mithin die Gesetzgebung, wie auch die Stelle der Institutionen schon bezeugt. Wem wir nun ferner eine so verpflichtende Gewalt zuschreiben, dem legen wir damit zugleich das Recht und das Vermögen, seinem Willen die Erfüllung zu sichern und sie zu erzwingen, eine Zwangsgewalt, bei. Das hat die gesetzgebende Gewalt im Imperium des Staates mit der Gewalt des Herrn und der des Vaters gemein; nur sind sie in der Art und in dem Maße der Mittel verschieden. Nach der römischen Rechtsvorstellung war die Zwangsgewalt des Herrn gegen seinen Sklaven die des Eigenthümers über seine Sache, die des Vaters gegen sein Kind hingegen ist nur die der Züchtigung durch Anwendung von Zuchtmitteln, die der Staatsgewalt ist eine rechtliche durch Anwendung gesetzlicher Strafen, namentlich auch mit Bestrafung an der persönlichen Freiheit und am Leben, sie ist eine Strafgewalt im eigentlichen Sinne, wie das Strafrecht nachzuweisen hat. Von den Diktatoren, welchen die höchste Staatsgewalt übertragen wurde, sagt Pomponius [7]): »interdum re exigente, placuit majoris potestatis magistratum constitui: itaque dictatores proditi sunt, a quibus nec provocandi jus fuit, et quibus etiam capitis animadversio data est. Hunc magistratum, quoniam summam potestatem habebat, non erat fas ultra sextum mensem retinere.« So schloß das Imperium der höchsten Gewalt auch die höchste Zwangs- und Strafgewalt ein. Damit war es eine unwiderstehliche, und, weil dagegen keine Berufung möglich war, eine unabhängige, eine Herrschergewalt. Von beiden Ge-

---

5) Fr. Potestatis. 215. D. de V. S. (50. 16.)
6) Fr. Necessariam. 2. §. 11. D. de orig. jur. (1. 2.)
7) Fr. Necessarium. 2. § 18. D. eod.

walten führt auch das Imperium der Magistrate, die eins besitzen, einen bestimmten Antheil mit sich. Von solchen sagt Ulpian[8]): »In jus vocari non oportet neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et jubere in carcerem duci.« Sie besaßen Zwangs- und Strafgewalt mit der gesetzgebenden Gewalt. Von der Gewalt der Consuln meldet Pomponius[9]): »Consules constituti sunt duo, penes quos summum jus uti esset, lege rogatum est,« und fügt bei: »qui tamen, ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset, neve possent in caput civis romanum animadvertere injussu populi: solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci juberent.« Außer der umfassenden Regierungsgewalt der Consuln gehörte noch ein erheblicher Antheil der Strafgewalt zu ihrem Imperium. Von dem Imperium der Proconsuln gibt Ulpian[10]) den Umfang in den Worten an: »Et ideo majus imperium in ea provincia habet omnibus post Principem.« Es gehörte mithin auch eine beinahe königliche Strafgewalt dazu, insbesondere das Recht über Leben und Tod, jus gladii[11]).

Es gibt demnach kein Imperium ohne Strafgewalt, coercitio, animadversio. In Civilsachen ist es auf Civilstrafen[12]) beschränkt, im Strafrechte ist es die Berechtigung zur Verhängung eigentlicher Strafen, poenae, und das so, daß coercitio die geringeren[13]), animadversio die schweren am Caput des römischen Bürgers[14]), ganz besonders aber am

---

[8]) Fr. In jus vocari. 2. D. de in jus vocand. (2. 4.)

[9]) Fr. Necessarium. 2. §. 16. D. de o. j.

[10]) Fr. Et ideo. 8. D. D. de offic. Procons. (1. 16.)

[11]) Fr. Solent. 6 pr. D. eod: »... nec enim potest quis gladii potestatem, vel cujus alterius coercitionis ad alium transferre, nec liberandi igitur reos jus, cum accusari apud eum non possint.«

[12]) Fr. Hoc edicto. 2. D. quod quisq. jud. (2. 2.) Hier heißt es von einem prätorischen Edikte: »Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri;« und Fr. Si quis iniquum. 3 § 1. D. eod: »... hoc edicto coercetur.« Fr. Hoc edicto. 1. §. 1. D. de minorib. (4. 4.) Fr. Praetor ait. 1. pr D. de aleator. (11. 5.) Fr Item apud 15. §. 25. D. de injur. (47. 10.): »Ait Praetor ... animadvertam.«

[13]) Fr. Si quid. 11. D. de off. Procons. (1. 21.): »... Legatus ... neque enim animadvertendi, coercendi, vel atrociter verberandi jus habet.«

[14]) Fr. Necessarium. 1. §. 16. De de o. j. (1. 2.) Not. 9.

Leben [15]), gladii potestas, bezeichnet. Diese Gewalt über Leben und Tod ist das Imperium im engsten Sinne, merum imperium, und im Strafrechte die Strafgewalt im engsten Sinne, potestas [16]). Daher die wiederkehrende Verbindung von imperium und potestas [17]). Da die Vorstellung von Imperium immer die von dem Vermögen, etwas zu bewirken, mit sich führt, so ist imperium mit potestas sinnverwandt. Daher konnte Cicero imperium nennen, was Paulus potestas genannt hat [18]). Letztere ist indessen als Wirkungsvermögen eine vieldeutige. Es gibt auch eine physische potestas als physische Kraft [19]), und das bloße Nichtgehindertsein einer Thätigkeit wird als potestas aufgefaßt; allein es gibt kein physisches Imperium, und ein bloßes Thunkönnen oder Thundürfen, ein Imstandesein und eine Erlaubniß, ist kein Imperium. Von diesem ist die Grundvorstellung das Verpflichten durch Willenskundgebung. Dieses römische Imperium ist auch in das kanonische Recht übergegangen [20]).

4. In beiden Sphären kann der Gewalthaber nicht immer selbst und persönlich thätig sein, sondern er bedarf der Organe, Magistrate, Beamten, welche Antheile der Gewalt in größerem oder geringerem Umfange ausüben. Je nach dem Inhalte und dem Umfange ihrer Gewaltantheile können dieser Organe viele und verschiedene sein: auf die Verschiedenheit in dieser Beziehung kommt es indessen hier nicht an, sondern zunächst nur auf die nach der Weise, in welcher sie ihre Gewalt ausüben. Und diese ist nach altem Gebrauch und Gesetz eine doppelte: die administrative, oder die gerichtliche. Beide Weisen sind aber in drei Beziehungen von einander verschieden. Zuerst ist der Gegenstand

---

15) Fr. Imperium. 3. D. de jurisd. (2. 1.): »... Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur.« Fr. Corpora. 1. D. de cadaver. punit. (48. 24.): »... in quos animadvertitur, corpora non aliter sepeliuntur.« Fr. Corpora. 3. D. eod: »Corpora animadversorum.«

16) Not. 15.

17) Not. 3. Fr. Proximum. 1. §. 1. D. ad leg. Jul. maj. (48. 4.) Fr. Lege Julia. 7. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.)

18) Not. 4. 5.

19) Plinius sagt, hist. natur. XXV. 2., von der Heilkraft der Kräuter: »satis videbatur, potestates vimque demonstrare quaerere volentibus.«

20) C. Innotuit. 20. X. de elect. (1. 6.) heißt es von Erlassen des Papstes und deren Verbindlichkeit für den Nachfolger: »cum non habeat imperium par in parem,« wie in Fr. Labeo ait. 3. §. 3. Fr. Nam magistratus. 4. D. de recept. qui arb. (4. 8.), u. Fr. Ille. 130. §. 4. D. ad S. Turpill. (36. 1.) C. Solitae. 6. X. de M. et O. (1. 33.)

der richterlichen Thätigkeit immer nur eine zwischen zwei Parteien streitige Rechtsfrage, ob und in wie fern nämlich nach dem Gesetze Einem ein Recht zukomme, oder Jemand strafbar sei. Hierdurch unterscheidet sich die richterliche Gewalt so, daß jeder andere Gegenstand ihr nicht unterworfen ist und nicht unterworfen werden kann, doch nicht so, als ob solche Fragen nicht auch administrativ verhandelt und erledigt werden könnten. Werden einer Gerichtsbehörde auch andere Gegenstände zur gesetzlichen Behandlung überwiesen, so sind sie damit noch nicht eigentlich gerichtliche oder richterliche, sondern können nur metonymisch so heißen. Zur gerichtlichen Verhandlung ist ferner eine bestimmte Form und ein streng einzuhaltender Gang, ordo judiciarius [1]), processus [2]), gesetzlich vorgezeichnet, von deren Beachtung die Gültigkeit der Handlungen abhängt, wogegen die administrative Geschäftsführung eine freie ist, in so fern wenigstens, als die Beobachtung der Formen keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Geschäfte hat. Würden indessen auch für Verwaltungsgeschäfte einer gewissen oder gar jeglicher Art gewisse einzuhaltende Formen, und selbst als Bedingungen der Gültigkeit vorgeschrieben, so wäre die Thätigkeit doch noch keine gerichtliche und die Erledigung keine richterliche, auch dann nicht, wenn sie streitige Rechtsfragen beträfe, weil ihr die Eigenschaft der Unabänderlichkeit abginge, die das richterliche Erkenntniß auszeichnet. Die eigene Entscheidung kann der Richter nicht selbst, sondern nur ein höherer, und zwar auch dieser nur unter bestimmten Voraussetzungen, abändern, welchen Beschränkungen die administrative Behörde nicht unterworfen ist.

5. Der Gewaltantheil zur gerichtlichen Entscheidung in Civilstreitigkeiten ist die Gerichtsbarkeit, jurisdictio, im engern und eigentlichen Sinne [1]). In so fern ebenfalls im Strafprozesse nicht blos eine bestimmte Form vorgeschrieben, sondern es auch eine rein richterliche Thätigkeit ist, zu finden und zu bestimmen, ob eine Handlung

[1]) C. Ad haec. 1. X. ut lit. non cont. (2. 6.)

[2]) Conquestus. 5. X. de feriis. (2. 9.)

[1]) Von der bürgerlichen Rechtspflege handelt in den Pandekten der ganze Titel de jurisdictione. (2. 1.) Das richterliche Entscheiden ist ein Rechtsprechen, »jus dicere«. Ulpian sagt in Fr. Qui jurisdictioni. 10. D. de jurisd.: »Qui jurisdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori.« Fr. Est receptum. 14. D. eod: »Est receptum .... ut ... possit ei et adversus eum jus dici.« Fr. Estra. 20. D. eod: »... jus dicendi ... et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.«

nach den Gesetzen strafbar und wie strafbar sie sei, steht die Richtergewalt der bürgerlichen ganz gleich und gehört nicht mehr zum Imperium, als jene. Wirklich wird sie auch Jurisdiktion genannt [2]). Allein in der Beschränkung auf das bloße Erkennen der Strafbarkeit ist die richterliche Gewalt in Straffachen im römischen Rechte nicht gedacht, sondern als eine mit gesetzgebender Auktorität in den einzelnen Fällen die Strafe erkennende, sie verhängende und vollstreckende Gewalt.

Administrative Handlungen sind die Manumission, die Emancipation [3]), die Adoption [4]) und die Eigenthumsübertragung, in jure cessio, vor dem Prätor und unter dessen Mitwirkung [5]). Die hierzu ermächtigende Gewalt ist nicht eine gerichtlich rechtsprechende, sondern eine rechtsbestimmende, eine Regierungsgewalt. Sie wurde wirklich zum Imperium gerechnet [6]), und doch auch als Jurisdiktion bezeichnet [7]). Gleichartige Handlungen sind die dem Prätor zuständige Ermächtigung der Vormünder zur Veräußerung liegender Güter [8]), die Besitzeinweisungen und die Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand, in integrum restitutio, die ebenfalls Thätigkeiten des Imperii sind [9]), doch aber der prätorischen

---

[2]) Von ihr sagt Papinian in Fr. Quaecunque. 1. pr. D. de off. ejus, cui mand. est jurisd. (1. 21.): »... videntur errare magistratus, qui, cum publici judicii habeant executionem, ... veluti lege Julia de adulteriis, jurisdictionem suam mandant«, rechnet sie also zur Jurisdiktion. In §. 1. fügt er bei: »... verius est enim, more majorum jurisdictionem quidem transferri; sed merum imperium, quod lege datur, non posse transferri. Quare nemo dicit, animadversionem legatum Proconsulis habere mandata jurisdictione.« Diese »animadversio« ist, wie oben bemerkt, Bestrafung mit dem Tode, und die Strafgewalt wird doch ebenfalls Jurisdiktion genannt. C. Solitae. 6. §. 2. X. de M. et O. (1. 33.) C. Cum contingat. 13. X. de for. comp. (2. 2.)

[3]) Paul. II. 25. §. 4: »Apud magistratus municipales, si habent legis actionem, emancipari et manumitti potest.« Nov. 81. praef.

[4]) Fr. Magistrum. 4. D. de adopt. (1. 7.) Fr. Adoptare. 1. D. de off. juridici. (1. 20.)

[5]) Gaj. II. §. 84.

[6]) Gaj. I. §. 98: »Adoptio ... fit. ... imperio magistratus.

[7]) Fr. Omnes. 2. §. 1. D. de off. Procon. (1. 16.): »Apud legatum Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem.« C. Suggerente. 2. C. de off. ej. qui vic. (1. 50.)

[8]) Ulpian betrachtet sie Fr. Mandata. 2. §. 1. D. de off. ej. cui mand. e. j. (1. 21.) als Handlung der Jurisdiktion, die nicht zur Vertretung übertragen werden kann, mithin als Ausfluß des Imperii.

[9]) Ueber die Besitzeinweisung Fr. Imperium. 3. in f. D. de jurisd. (2. 1.) Fr. Jubere. 4. D. eod. zugleich über in integrum restitutio Fr. Ea, quae. 26. §. 1. D. de municip. (50. 1.)

Jurisdiktion [10]) zugezählt werden. Eine auch ihrer Form nach gesetzgebende Gewalt war die Befugniß der Magistrate, namentlich der Prätoren, Erlasse über die Geschäftsführung ihres Amtes im Voraus als normgebend bekannt zu machen, jus edicendi. Sie ist ein umfangreicher und wichtiger Theil des Imperii und wird ebenfalls als Jurisdiktion bezeichnet [11]). Selbst die beinahe kaiserliche Gewalt [12]) des Proconsuls wird als Jurisdiktion gedacht [13]). Endlich unterordnete Seneka sogar die Waffengewalt und die Gewalt des Siegers über besiegte Könige und Völker [14]), wie Innocenz III. die königliche und die päpstliche [15]), unter den Begriff von Jurisdiktion.

In diesem Umfange kommt der Begriff von Jurisdiktion, neben dem engeren und gewöhnlichen, auch im kanonischen Rechte vor, wie schon die beiden eben angeführten Stellen von Innocenz III. nachweisen, und insbesondere werden alle dem Bischofe in seiner Diöcese zuständigen Gerechtsame, und zwar nicht allein in Rechtsprechung, Bestrafung und Verwaltung, sondern auch die sich auf Spendung der Sakramente und andere Weihhandlungen beziehen, zu seiner Jurisdiktion, lex jurisdictionis,

---

10) Fr. Jus dicentis. 1. D. de jurisd. (2. 1.): »Jus dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare.«

11) Gaj. I. §. 6: » . . . amplissimum jus est in edictis duorum Praetorum . . . quorum in provinciis jurisdictionem Praesides earum habent.«

12) Fr. Et ideo. 8. D. de off. Procons. (1. 16.) §. 7. Not. 10, Fr. Praeses. 3. et 4. D. de off. Praesid. (1. 18).

13) Fr. Si in aliam. 7. §. 2 D. de off. Proc.: »Cum plenissimam autem jurisdictionem Proconsul habeat.«

14) Seneca läßt de clement. lib. 1. cap. 1. Nero zu sich selber so sprechen: » . . . Haec tot millia gladiorum, quae pax mea comprimit, ad metum meum stringuntur; quas nationes funditus exscindi, quas transportari, quibus libertatem dari, quibus eripi, quos reges mancipia fieri, quorumque capiti regium circumdare decus oporteat, quae ruant urbes, quae oriantur, mea jurisdictio est.«

15) C. Novit ille. 13. X. de jud. (2. 1.): » . . . Non putet aliquis, quod jurisdictionem regis Francorum perturbare aut minuere intendamus, cum ipse jurisdictionem nostram nec velit, nec debeat impedire.« Von der königlichen Gewalt sagt Innocenz III. in c. Dilecti filii. 4. X. de arbit. (1. 43.): »Quia . . . in partibus gallicanis hujusmodi feminae praecellentes in subditos suos ordinariam jurisdictionem habere noscuntur.«

gezählt [16]). Unser „Gerichtsbarkeit" entspricht also nicht der Jurisdiktion, da es nur auf Gerichtshandlungen deutet, ist es viel zu eng.

6. In diesem allgemeinen Sinne ist also die Jurisdiktion gleichbedeutend mit der kirchlichen Regierungsgewalt, die ebenfalls, wie gezeigt, als ein Imperium aufgefaßt wird [1]), und schließt alle von Amtswegen zuständige Thätigkeiten ein. Hierzu kommt zugleich noch, daß die Ausübung dieser Amtsgewalt eine aktiv und passiv ausschließliche so nämlich ist, daß sie innerhalb des Amtsbezirkes nur von dem Gewalthaber ausgeht und ohne ihn von keinem Andern gültiger, valide, oder erlaubter Weise, licite, vorgenommen werden kann, wie auch er selbst damit auf seinen Bezirk, mit alleiniger Ausnahme der Darbringung des Meßopfers, beschränkt ist. Der Grundgedanke ist also Jurisdiktion im Sinne von Imperium mit lokaler und ausschließlicher Beschränkung, wie eine solche der Vorsteher einer römischen Provinz besaß, wenn auch, wie bei diesem, nicht alle einzelne Thätigkeiten an und für sich als Ausflüsse einer Rechtsgewalt betrachtet werden können. Sobald solche Handlungen für sich und im Gegensatze zu andern in Betracht kommen, werden sie genau nach ihrer Quelle in Handlungen der Jurisdiktion und der Weihe, ordo, geschieden.

Handlungen aber sind immer in einer doppelten Weise Verrichtungen der Weihe, functiones ordinis: dadurch, daß sie gültiger und erlaubter Weise nur vermöge einer ihnen entsprechenden Weihe vorgenommen werden können, sodann dadurch, daß diese Weihe gültig ertheilt und empfangen worden ist. Mit dieser gültig empfangenen Weihe nun ist nicht eine bloße Befugniß oder Berechtigung, sondern eine sakramentale Befähigung zu den Handlungen verliehen und übertragen worden, und diese Handlungen selbst sind unmittelbar, ex opere operato, oder mittelbar, ex opere operantis, heiligende. So sind die Weihthätigkeiten außer ihnen wirkende Kraftäußerungen, und die überkommene sakramentale Befähigung fällt unter den Begriff von Gewalt, potestas, die mit Recht eine heilige, sacra, oder auch Weihgewalt, potestas ordinis, genannt

---

[16]) Hierüber lehrt die Glosse zu c. Dilectus. 18. X. de off. jud. ord. (1.31.) v. de lege jurisdictionis: »... Ad legem enim jurisdictionis pertinent ista, de quibus hic contendebatur, datio curae animarum, delictorum coercitio, ordinatio ecclesiarum, sive consecratio altarium et virginum, confectio chrismatis, et generaliter omnium sacramentorum, et ordinum collatio, quae consistunt in dando, et alia plura et similia.«

[1]) §. 3. Note 20.

wird. Eine wichtige Handlung dieser Gewalt ist die Sündenvergebung durch das Sakrament der Buße. Als Spendung des Sakramentes ist sie eine Handlung der priesterlichen Weihgewalt, als Sündenvergebung aber, daher als Lossprechung von der Schuld und mit ihr von der Sündenstrafe, ist sie eine Handlung der Jurisdiktion, wie das ganze Beichtverfahren seiner Form nach ein Accusationsverfahren auf den Grund der Selbstanklage ist. Nach der gegenwärtigen Disciplin nun geht dieses Verfahren nicht nur zwischen dem Beichtenden und dem Priester geheim und bloß vor Gott vor sich, sondern das Schuldbekenntniß sowohl, als die Lossprechung von Schuld und Strafe hat auch bloß vor Gott und dem Gewissen, und nicht äußerlich in der offenen Kirchenverwaltung, in foro externo, Dasein und Geltung, von welchem Gegensatze diese Jurisdiktion auch innere, jur. interna, fori interni, fori conscientiae, genannt wird. Hier kann nicht von dieser innern, sondern nur von der äußern Jurisdiktion die Rede sein.

7. Wie der Staat und die Kirche, so sind auch die kirchliche, jurisd. ecclesiastica, und die weltliche Gewalt, jur. saecularis, nicht bloß von einander verschieden, sondern sie sind auch so verschiedenartig, daß die kirchliche nie eine weltliche, und umgekehrt diese nie eine kirchliche werden kann. Daher kann auch keinem kirchlichen Organe, als einem solchen, eine weltliche Jurisdiktion übertragen werden, und wenn sie ihm übertragen wird, so wird sie dadurch keine kirchliche, sondern bleibt, was sie ist, und der Inhaber ist nur das Organ der weltlichen Gewalt. Die kirchliche Gewalt kann aber so wenig eine weltliche werden, daß sie nicht einmal an ein weltliches Organ, sondern nur an ein Glied der regierenden Kirche übertragen werden kann[1]). Daher können denn kirchliche Geschäfte und Sachen, negotia, causae ecclesiasticae, nicht Gegenstand

---

[1]) C. Ecclesia. 10. in f. X. de consuet. (1. 2.): »... nos attendentes, quod laicis, etiam religiosis, super ecclesiis et personis ecclesiasticis nulla sit attributa potestas, quos obsequendi manet necessitas, non auctoritas imperandi, a quibus, si quid motu proprio statutum fuerit, quod ecclesiarum etiam respicit commodum et favorem, nullius firmitatis existit.« C. Decernimus. 2. X. de jud. (2. 1.): »Decernimus, ut laici ecclesiastica tractare negotia non praesumant. Sed episcopi ... de negotiis ecclesiasticis .... laicorum judicio non disponant.« C. Contingit. 8. X. de arbitr. (1. 43.). »... ne super rebus spiritualibus compromittatur in laicum.« C. Licet. 10. C. Ex tenore. 11. X. de for. comp. (2. 2.) C. Si duobus. 7. §. 1. X. de apell. (2. 28.) und Gl. ibid. v. credimus. C. Causam. 7. X. qui fil. sint legit. (4. 17.)

der weltlichen, und umgekehrt weltliche, causae, negotia saecularia, nicht Gegenstand der kirchlichen Jurisdiktion werden.

8. Die äußere Jurisdiktion wird in der Kirche wie im Staate, mit der Uebertragung eines Amtes erworben und vermöge dieses Amtes besessen und ausgeübt, oder ohne Empfang und Besitz eines Amtes. Und darnach wird sie in eine ordentliche, ordinaria, im Gegensatze zu einer außerordentlichen, extraordinaria, und einer übertragenen, mandata, vicaria, delegata, unterschieden, mit welchem Unterschiede praktisch wichtige, historisch gelieferte Lehren in Verbindung stehen.

Die Aemter, womit nach dem römischen Rechte Jurisdiktion verbunden war, sind nicht zu denken, wie wir uns solche nach der Stellung unserer Beamten vorzustellen gewohnt sind, als Inbegriff von Befugnissen in bestimmt begrenzten Bereichen und nach ertheilten Weisungen, sondern sie waren obrigkeitliche Verhältnisse mit Regentengewalt, Imperium, höhere Magistrate, magistratus [1]), die nicht lediglich ertheilte Befehle auszuführen hatten, sondern selbst befehlen und ihren Befehlen vermöge ihrer Amtsgewalt, ein Jeder in seinem Kreise, die Befolgung sichern konnten. Nach Aufhebung der Königsgewalt wurde sie nämlich unter diese Magistrate in gewissem Maße je nach den Zwecken ihrer Wirksamkeit vertheilt [2]). Ein anderes ward, um hier nur Hauptpunkte anzudeuten, dem Senate, ein anderes den Consuln, den Präfekten, Prätoren und Proconsuln überwiesen. Die beiden ersten besaßen mehr eine Verwaltungsgewalt, die andern mehr eine Recht bestimmende Gewalt, ein Jeder im Bereiche seiner Stellung. Der Präfektus Urbi hatte die Polizei und die Criminal-Gerichtsbarkeit in der Stadt und in Italien nebst einer bestimmten Civil-Gerichtsbarkeit, der Prätor hatte Civil-Gerichtsbarkeit nebst dem erwähnten Rechte, Edikte zu erlassen. Die Gewalt, welche die verschiedenen Magistrate in der Stadt besaßen, vereinigten die Proconsuln in den Provinzen [3]). Diesen waren in der Kirche die Bischöfe an Umfang der Gewalt am nächsten; doch standen sie in Gesetzgebung und Regierung noch freier. Die mit solchen Aemtern verbundene Gewalt nun ist die ordent-

---

[1]) Diese hatten neben der Jurisdiktion als Richtergewalt auch Herrschergewalt, imperium, und im Gegensatze zu ihnen waren andere Magistrate minores. Fr. Nec magistratibus. 32. in f. D. de injur. (47. 10.): »... et si ex minoribus magistratibus erit, id est, qui sine imperio aut potestate sunt magistratus.«

[2]) Fr. Necessarium. 2. §. 14—31. D. de Orig. jur. (1. 2.)

[3]) Ulpian Fr. Si in aliam. 7. §. 8. D. de off. Procons. (1. 16.)

liche Jurisdiktion, jurisd. ordinaria, und wer sie besitzt, der Ordinarius. Zur Gewinnung klarer Einsicht in diese Lehre, ist noch darauf zu achten, woher und in welchem Sinne sie so genannt werden. Denn die Bezeichnung »ordinarius« hat im Rechte nicht immer den nämlichen Sinn.

9. Zur Bezeichnung des großen Umfanges der Gewalt eines Proconsuls sagt Ulpian in der eben [1]) angeführten Stelle, er vereinige die Amtszweige von Allen, »qui Romae vel quasi magistratus, vel extra ordinem jus dicunt.« Er setzt hiermit die außerordentliche Jurisdiktion in Gegensatz zu der mit einem Amte, einem Magistrate, überkommenen, dachte sich also diese als die ordentliche. In den nämlichen Gegensatz stellt sie Pomponius [2]), indem er über die Präfekten der Annona und der Vigiles bemerkt: »non sunt magistratus, sed extra ordinem, utilitatis causa, constituti sunt.« Ordentliche Jurisdiktion ist also diejenige, die mit einem als bleibend constituirten Amte als solchem verbunden ist und in so fern eine amtliche heißen könnte, mit welchem Amte sie denn auch erworben wird, da jede andere, deren Ausübung nicht als Amt constituirt ist, die daher auch nicht mit einem Amte verliehen und von Amtswegen ausgeübt wird, eine außerordentliche ist. Die Benennung „ordentlich" hat sie von dem regelmäßigen Gange erhalten, nach welchem sie vermöge der bestehenden Verfassung erworben und ausgeübt wird, da die außerordentliche nur als Ausnahme übertragen wird. Der ordentlichen wird auch die durch Delegation, delegata, und durch Mandat, mandata, übertragene und die stellvertretende, vicaria, gegenüber gestellt [3]), bei welchen im Ganzen die nämliche Vorstellung zu Grunde liegt.

10. Im Allgemeinen und im gewöhnlichen Gebrauche sind delegare und mandare gleichbedeutend. Sie bezeichnen das Uebertragen der Be-

---

[1]) §. 8. Note 3.

[2]) Pompon. Fr. Necessarium. 2. §. 33. D. de orig. jur. (1. 2.)

[3]) In diesem Gegensatze steht sie in c. Si quando. 2. C. de dilat. (3. 11.), die Gratian zu c. Induciae. 4. C. 3. Q. 3. par. 2. §. 1. im Auszuge aufgenommen hat, in den Worten: »Si quando quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportaverit,« und in den Titeln: »De officio vicarii.« X. (1. 29.), »De officio et potestate judicis delegati.« X. (1. 29.), und »De officio et potestate judicis ordinarii.« X. (1. 31.) In c. Quoniam. 11. X. de probat. (2. 19.) heißt es: »...tam in ordinario judicio, quam in extraordinario judex semper adhibeat ... viros idoneos,« was die Glosse v. extraordinario von einem »delegato« versteht. Ebenso zu c. De caetero. 5. X. de transact. (1. 36.) v. extraordinarium.

sorgung eines fremden Geschäftes. So wird die Uebertragung der Tutel durch testamentarische Verfügung delegare und committere genannt [1]), und die Besorgung des Begräbnisses oder anderer Geschäfte delegare und mandare [2]). Als technische Ausdrücke für Uebertragung der Jurisdiktion sind indessen delegare und mandare von einander verschieden.

Bei ihrem Gebrauche haben vorerst beide Ausdrücke das mit einander gemein, daß sie nicht den Uebergang der Jurisdiktion als einer eigenen, sondern nur als einer fremden, und zu einer Ausübung als einer stellvertretenden, für und im Namen eines Andern, andeuten. In beiden Beziehungen wird die Jurisdiktion im Gegensatze zum Amte gedacht. Das übertragene Amt, und mit ihm denn auch die darin mit eingeschlossene Jurisdiktion, besitzt der Beliehene die ganze Zeit der Amtsführung als Eigenthümer, wie er seinen Status und sein Eigenthum inne hat. [3]) In so fern ist daher seine Jurisdiktion seine eigene, propria, [4]) und er übt sie aus vermöge seines Rechtes [5]) und von Amts wegen, jure magistratus. [6]) Wer sie aber durch Delegation oder Mandat erhalten hat, besitzt sie nicht als eigene, sondern nur als eine fremde, [7]) er kann sie

---

[1]) Fr. Si plures. 3. §, 3. D. de admin. et peric. tut. (26. 7.): »... tutelam ... cui testator delegavit ... si res ei commissa est.« C. Super quaestionum. 27. pr. X. de off. et pot. jud. del. (1. 29): » ... delegatus a nobis licite possit ... medium causae sibi commissae ... alii delegare.« §. 1: »... Cum medium tantum committit ... provocari non potest, nisi mandati fines excedat.« C. Ex tenore. 16. X. de rescr. (1. 3.). Hier werden zwei Delegationen »commissiones« genannt.

[2]) Fr. Si quis sepulturam. 12. §. 4 D. de relig. (11. 7.): »... Sin autem ... nec ulli delegatum id munus est.« Fr. Et si quis, 14. §. 15. D. eod: »Qui mandatu alterius funeravit ... sed is, qui mandavit funerandum ... ei cui mandavit.« Fr. Vel per literas. 2. §. 1. D. Si mensor fals. mod. dix. (11. 6.): »Sed si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensuram agri ageres, et tu id Titio delegaveris.«

[3]) Fr. Qui furere. 20. D. de stat. hom. (1. 5.): »Qui furere coepit, et statum et dignitatem, in qua fuit, et magistratum et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet.«

[4]) Fr. Cognitio. 4. pr. D. de off. ej. cui mand. est jurisd. (1. 21.): »... Cum propriam jurisdictionem Legatis tuis dederis.«

[5]) Fr. More majorum. 5. D. de jurisd. (2. 1.): »... jurisdictionem mandare possit, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet.«

[6]) Fr. Quaecunque. 1. pr. D off. ej. c. mand. (1. 21.): »... quae vero jure Magistratus competunt, mandari possunt.«

[7]) Fr. Quaecunque. 1. §. 1. D. eod: »Qui mandatam jurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur.« C.

daher nur als eine stellvertretende, vicaria, ausüben.[8]) Und hierin sind zwei wichtige Eigenheiten beider eingeschlossen: die Widerruflichkeit und die Unselbstständigkeit. Wie jeder andere, so kann auch der Auftrag durch Mandat und durch Delegation der Jurisdiktion widerrufen werden[9]). Da ferner die so erworbene Jurisdiktion eine fremde bleibt und keine eigene wird, so ist sie dem Wechsel unterworfen, den sie in dem Besitze ihres Eigeners leidet. Daher ist sie allen Hemmnissen ausgesetzt, die den Eigener durch Suspension, Interdikt und andere Umstände treffen, und erlischt mit dessen Amtsbeendigung,[10]) wie mit seinem Tode. Sie sind beide ganz speziell von der ordentlichen verschieden.

11. Ueber den Unterschied Beider unter sich gibt Papinian in der wiederholt angeführten Stelle [1]) leitenden Aufschluß. Er lehrt darüber: »Quaecunque specialiter lege, vel senatus consulto, vel constitutione principis tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur; quae vero jure Magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare Magistratus, qui cum publici juris habeant exercitionem, lege vel senatus consulto delegatam, veluti lege Julia de adulteriis, et si quae sunt aliae similes, jurisdictionem suam mandant. Hujus rei fortissimum argumentum, quod lege Julia de vi cavetur, »ut is, cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare«; non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit, cum alias juris-

---

un. C. qui pro sua jurisd. jud. dare poss. (3. 4.): »In causarum delegationibus illud praecipimus observari, ut valeant, si ad jurisdictionem pertineant delegantis. Quod si alienae jurisdictionis crediderit delegandam.«

[8]) Fr. Solet. 16. D. de jurisd. (2. 1.): »... cui mandata jurisdictio est, fungetur vice ejus, qui mandavit, non sua.« Fr. Et si praetor. 3. D. de off. ej. cui mand. (1. 21.): »... non tamen suo imperio agit, sed pro eo, cujus mandatu jus dicit.« C. Valde. 1. D. 94. Hier sagt der h. Gregor von seinem Delegirten: »,... nostra per eum ... repraesentaretur auctoritas ... vices nostras ... commisimus.« C. Sane quia. 11. X. de off. jud. deleg. (1. 29.): »... judex a nobis delegatus vices nostras gerit.«

[9]) Fr. Solent. 6. §. 1. D. de off. Procon. (1. 16.): »Sicut autem mandare jurisdictionem ... est in arbitrio Proconsulis, ita adimere mandatam jurisdictionem ... licet quidem Proconsuli.« Fr. Judicium. 58. D. de jud. (5. 1.): »Judicium solvitur vetante eo, qui judicare jusserat.« Gl. C. Venerabili. 37. X. de off. jud. (1. 37.) v. vices suas.

[10]) Fr. Et quia. 6. D. de jurisd. (2. 1.) C. Relatum est. 19. C. Licet. 30. X. de off. jud. del. (1. 29.) C. Nemini. 10. X. de off. legat. (1. 30.)

[1]) Fr. Quaecunque. 1. pr. D. de off. ej. c. m. (1. 21.)

dictio etiam a praesente mandetur. Et, si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem Praetor, quam ex senatus consulto habet, mandare non poterit.«

Hier wird die von der höchsten gesetzgebenden Gewalt speziell verliehene Jurisdiktion eine delegirte genannt. Speziell ist aber die Verleihung, die durch einen eigenen und besondern Verleihungsakt geschieht, dessen Objekt unmittelbar die zu übertragende Jurisdiktion ist, die also auch eine unmittelbare genannt werden könnte, im Gegensatze zu der durch Uebertragung eines Magistratus, die eine mittelbare Verleihung der Jurisdiktion bleibt, wenn auch das Amt selbst durch eine eigene und besondere Verleihung übertragen wird. Eine solche Verleihung kann gedacht werden als eine für einen einzelnen, eben vorliegenden Fall vorgenommene. Sie wäre dann selbst noch eine spezielle, hinsichtlich des Gegenstandes aber könnte sie auch eine einzelne, singularis, heißen. Sie kann auch gedacht werden als ein zur Uebertragung einer der Gattung nach besondern Jurisdiktion für alle vorkommende und unter sie gehörige Fälle. In diesem zweiten Sinne ist sie in unserer Stelle genommen, wie die angeführten Beispiele zeigen.

Das erste und das zweite Beispiel betreffen die Untersuchung und die Bestrafung von Delikten, namentlich von Gewaltgebrauch und von Ehebruch. Dafür bestellten die Leges eigene Quästionen, das heißt, Commissionen von Gliedern aus bestimmten Klassen von Bürgern oder aus Magistraten. Solche handelten dann vermöge ihrer gesetzlich delegirten Jurisdiktion. Für diese Jurisdiktion war so kein Amt constituirt, dafür waren nur, eventuell noch zu bezeichnende, Commissare von gewissen Qualitäten bestellt. In ähnlicher Weise hat das Concil von Trient die Bischöfe in verschiedenen Fällen ermächtigt, als Delegaten des Apostolischen Stuhles zu handeln [2]), und so delegirt der Apostolische Stuhl den einen oder den andern Bischof als Richter für alle Fälle einer Berufung in letzter Instanz in einem bezeichneten Bezirke. Das dritte Beispiel bezieht sich auf die Maßregel, daß nach der Ermordung eines Herrn dessen Sklaven zur Entdeckung des Verbrechers nach dem Silanianischen Senatus-Consulte gefoltert und, wenn sie mitschuldig oder in der Vertheidigung des Herrn nachlässig waren, mit dem Tode bestraft wurden. Die Untersuchung war, wie Papinian bemerkt, dem Prätor, in den Provinzen

---

[2]) So Conc. Trid. Sess. 24. c. 10. de ref.. »... in his, ubi de visitatione, aut morum correctione agitur.«

dem Präses [3]) übertragen, delegirt. In gleicher Weise gehörte die Prüfung der Vergleiche über Alimente vor den Prätor [4]), und der Magistrat konnte einen Andern damit nicht durch Mandat beauftragen [5]). Weil alle diese Handlungen zum Imperium gehören, so könnte es scheinen, das wäre der wahre Grund davon, daß sie nicht mandirt werden könnten: allein Papinian gibt ausdrücklich die Delegation als Grund an und erklärt zugleich, alle so ertheilte Aufträge, quaecunque tribuuntur, könnten nicht mandirt werden.

Häufiger waren die im ersten Sinne vorgenommenen Verleihungen der Jurisdiktion für einzelne Fälle. Hierhin gehören alle Aufträge durch Bestellung eines Richters zur Untersuchung und Entscheidung einzelner Sachen, judicem dare. Denn auch diese Bestellung heißt ebenfalls delegare [6]). Ueber die Delegationsbefugniß nun lehrt Ulpian [7]): „Qui neque jurisdictioni praeest, neque a Principe potestate aliqua praeditus, neque ab eo, qui jus dandorum judicum habet, datus est . . . judex esse non potest." Eine Erläuterung gibt Paulus dahin [8]): „Judicem dare possunt, quibus lege, vel constitutione, vel senatus consulto conceditur. Lege, sicut Proconsuli. Is quoque, cui mandata est jurisdictio, judicem dare potest, ut sunt Legati Proconsulum; item hi, quibus id more concessum est propter vim imperii, sicut Praefectus urbi, caeterique Romae Magistratus." Es können also die Magistrate, die von der höchsten Auktorität Delegirten, auch die mit mandirter Jurisdiktion versehenen Legaten des Präses einer Provinz delegiren. Daß es

---

[3]) Fr. Propter. 21. §. 2. D. ad S. C. Silan (29. 5.)

[4]) Fr. Cum hi. 8. pr. D. de transact. (2. 15.)

[5]) Fr. Cum hi. 8. §. 18. D. eod: »Sed nec mandare ex hac causa jurisdictionem vel Praeses provinciae, vel Praetor poterit.«

[6]) C. A judice. 5. C. de judic. (3. 1.) Gordian.: »A judice judex delegatus judicis dandi potestatem non habet, nisi a principe judex datus fuerit.« Im ersten Satze heißt der bestellte Richter delegatus, im zweiten judex datus. C. un. C. qui pro sua jurisd. jud. dare poss. (3. 4.): »In causarum delegationibus illud consultissime praecipimus observari, ut ita valeant, si ad jurisdictionem pertineant delegantis . . . nisi judices a nobis specialiter delegantibus dati alii causas delegaverint judicandas.« Hier heißen die von einem Magistrate bestellten Richter delegati, die von der höchsten Auctorität delegirten dagegen judices dati.

[7]) Ulp. Fr. Qui neque. 81. D. de jud. (5. 1.)

[8]) Paul. Fr. Cum Praetor. 12. §. 1. D. eod.

die von der höchsten Auktorität Delegirten können, ist in den beiden [9]) angeführten Constitutionen noch besonders ausgesprochen. Von solchen speziell Delegirten ist oft die Rede [10]). Das von einem Delegirten ausgehende Delegiren pflegt Subdelegiren genannt zu werden.

Die Delegation ist also immer ein spezieller Akt der Verleihung einer besondern, mehr oder weniger umfassenden, oder einer singulären Jurisdiktion, und die überkommene ist eine delegirte. Beides kann von der Uebertragung durch Mandat, mandare, nicht behauptet werden, und geschähe sie so, so wäre sie kein mandare, sondern ein delegare. Der Gebrauch des Wortes könnte das Rechtsverhältniß nicht ändern und der Jurisdiktion die besonderen Eigenheiten nicht beilegen, die ihr von Rechtswegen nicht inne wohnen.

12. Die Stellvertretungen sind für die höchste Auktorität sowohl, als für die Magistrate, Erzeugniß des Bedürfnisses, wie Pomponius [1]) von den Präfecten der Annona und der Vigiles sagt: „utilitatis causa constituti sunt". Jene kann durch Errichtung neuer Aemter Abhülfe schaffen; das thut sie indessen nicht immer, sondern erreicht durch spezielle Bestellung den Zweck. Auch für diesen ihren Delegirten kann es Bedürfniß werden, wie für den Magistrat, sich durch Andere vertreten zu lassen. Allein diese Uebergänge müssen eine Grenze haben. Von jenem Delegirten der höchsten Auktorität steht nach den [2]) vorgelegten Stellen fest, daß er subdelegiren kann. Weiter aber geht das Uebertragen nicht. Denn der Subdelegirte ist nur ein judex datus, und einem solchen ist das Recht einer weiteren Bestellung nicht ertheilt. Was nun den Uebergang der Jurisdiktion angeht, so steht der Magistrat jenem Delegirten gleich. Er hat sie von der höchsten Auktorität mittelbar durch das erhaltene Amt, der Andere unmittelbar durch die Delegation. Auch der Magistrat kann,

---

[9]) Not. 6.

[10]) C. Rem non novam. 14. C. Apertissimi. 16. C. Cum specialis. 18. C. de jud. (3. 1.) C. Adversus. 3. C. si adv. rem jud. (2. 27.) C. Placet. 3. C. de pedan. jud. (3. 3.) X. de off. et potest. jud. deleg. (1. 29.)

[1]) Fr. Necessarium. 2. §. 33. D. de orig. jur. (1. 2.) §. 9. Not. 2.

[2]) In §. 11. Not. 5. 6. 7. 8. — Nov. 60. c. 2. C. Si pro debilitate. 3. C. Cum te consulente. 18. C. Quoniam. 43. X. de off. et pot. jud. del. (1. 29.) C. Pastoralis. 28. pr. X. eod: »... cum delegato a Principe jurisdictio dandi judicem sit a lege concessa.« C. Cum causam. 62. in f. X. de appell. (2. 28.) Clem. un. de off. et pot. jud. del. (1. 8.): »... a sede apostolica deputati, aliis possint committere licite vices suas.«

wie jener Delegirte, judicem dare und dadurch delegiren. Diese Delegation ist das nämliche, was jene Subdelegation ist, wiewohl sie in Einigem verschieden sind. Es gibt also in der Regel nur zwei Uebergänge der Jurisdiktion: durch Amtsverleihung oder durch höchste Delegation und von jeder wieder durch Delegation. Die höchste Delegation ist aber nur eine außerordentliche Uebertragung und enthält eine außerordentliche Jurisdiktion, die Amtsverleihung hingegen ist eine ordentliche mit Zuwendung der ordentlichen Jurisdiktion, welche dann im allgemeinen Interesse mit Recht bevorzugt ist.

13. Dieser Vorzug besteht darin, daß der Magistrat nicht auf eine spezielle Uebertragung durch Delegation beschränkt ist, sondern daneben auch beliebige Aufträge, und zwar mit eigenthümlichen Rechten, ertheilen, mandare, kann.

Ueber den möglichen Umfang des Mandates Seitens des Prätors sagt Ulpian [1]): „Solet Praetor jurisdictionem mandare, et aut omnem mandat, aut speciem unam", und an einer andern Stelle [2]): »Praetor sicut universam jurisdictionem mandare alii potest, ita et in personas certas, vel de una specie potest.« In seinem geringsten Maße kommt also das Mandat dem größten Inhalte einer Delegation der höchsten Auktorität gleich und läßt noch eine mannigfache Erweiterung bis zum Uebergange der gesammten Jurisdiktion zu, was bei der Delegation nicht möglich ist, wenn sie eine solche bleiben und sich innerhalb der angewiesenen Schranken halten soll.

Es kann aber, was ein zweiter Vorzug ist, der Mandirte, wie der Höchstdelegirte, durch judicis datio delegiren; und das kann nicht bloß der Legat eines Proconsuls [3]), sondern auch Jeder, der nicht in einem solchen Amtsverhältnisse steht [4]). So sind bei der ordentlichen Jurisdiktion durch ein Mandat drei Uebergänge derselben möglich. Hingegen

---

[1]) Fr. Solet Praetor. 16. D. de jurisd. (2. 1.)

[2]) Fr. Praetor. 17. D. eod. Macer. Fr. Cognitio. 4. D. de off. ej. cui mand. (1. 21.): »... Severus et Antonius ... Cum propriam jurisdictionem Legatis tuis dederis, consequens est, ut etiam de suspectis tutoribus possint cognoscere.«

[3]) Fr. Legatus. 12. D. de off. Procon. (1. 16.): »Legatus mandata sibi jurisdictione, judicis dandi jus habet.«

[4]) Fr. Mandatam. 5. §. 1. D. de off. ej. c. m. (1. 21.): »Mandata jurisdictione privato, etiam imperium ... videtur mandari.« Fr. Cum Praetor. 21. §. 1. D. de jud. (5. 1.): »... Is quoque, cui mandata est jurisdictio ...« §. 11. Not. 8. Gl. C. Is, qui. 12. de off. jud. deleg. in 6. (1. 14.) v. per alium.

kann der Mandirte zwar delegiren, jedoch die überkommene Jurisdiktion nicht weiter durch Mandat übertragen,[5]) wodurch sich diese Verleihung wieder von der Delegation unterscheidet, da der höchst Delegirte ja auch delegiren, also seine Gewalt wieder übertragen kann [6]).

Die Execution eines von einem delegirten Richter gefällten und rechtskräftig gewordenen Spruches steht demjenigen zu, der diesen delegirte [7]). Sie setzt wegen der dazu erforderlichen Zwangsgewalt das Imperium voraus. Daher steht sie denn zunächst dem delegirenden Magistrate zu; außerdem aber auch Mandirten, da mit der durch Mandat übertragenen Jurisdiktion auch das entsprechende Imperium übertragen worden ist. Hierüber lehrt Papinian [8]): »Paulus notat, [9]) et imperium, quod jurisdictioni cohaeret, mandata jurisdictione transire, verius est.« Dieses Recht besitzt ferner auch der Höchstdelegirte [10]), doch nicht dessen Subdelegirter, wie nicht andere Delegirte. Der Grund von Letzterem ist in der dem Delegirten, judex datus, ertheilten Jurisdiktion gegeben, die nur in dem Rechte, die Sache zu untersuchen, cognoscere, und den Spruch zu fällen, sententiam dare, bestand. Mit dem Spruche war sein Auftrag erledigt [11]), und ein weiteres Recht stand ihm nicht mehr zu. Das mit der Jurisdiktion verliehene Imperium beschränkte sich auf

---

5) Fr. Mandatam. 5. D. de off. ej. c. m. (1. 21.): »Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri non posse, manifestum est.« Die Bemerkung der Glosse zu dieser Stelle v. non posse: »Nota, delegatum delegare non posse . . . Sed dic, ibi delegatam universitatem causarum, quo casu unam ex his potest delegatus delegare,« beruht auf Verwechselung.

6) §. 12. Not. 2.

7) Ulpian. Fr. A Divo. 15. pr. D. de re jud. (42. 1.) »A Divo Pio rescriptum est, ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi, qui eos dederint.«

8) Fr. Quaecunque. 1. §. 1. in f. D. de off. ej. c. mand. (1. 21.)

9) Paul. Fr. Mandatam. 5. §. 1. in f. D. eod. Not. 4.

10) C. Constitutio. 5. pr. in f. C. de fruct. et liti. expens. (7. 51.): ». . . sive adeo Praesides, sive dati a Principe arbitri, judices fuerint. Nam et hi suos executores atque compulsores habent.« C. Significasti. 7. X. de off. jud. del. (1. 29.): ». . . si judex ordinarius ad mandatum judicis delegati a nobis non vult, aut non potest, aliis resistentibus, sententiam ab eo latam suo effectui mandare, delegatus judex eam auctoritate nostra sibi commissam potest exsequutioni mandare.« C. Quaerenti. 26. C. Pastoralis. 28. X. §. 3. C. Ex litteris. 29. X. eod.

11) Fr. Judex. 55. D. de re jud. (42. 1.): »Judex postquam semel sententiam dixit, postea judex esse desiit . . . officio functus est.«

jene beiden Handlungen, zu deren Ausführung ihm auch eine Zwangsgewalt zuständig war. Das gilt auch noch im kanonischen Rechte von jenen Subdelegaten sowohl, als von diesen Delegaten [12]). Eine abändernde Vorschrift gibt es nicht [13]).

Von der Berufung ferner gibt Ulpian [14]) die Regel an: »eum appellari, qui dedit judicem«, und fügt bei: »Ab eo, cui quis mandavit jurisdictionem, non ipse provocabitur; nam generaliter is erit provocandus ab eo, cui mandata est jurisdictio, qui provocaretur ab eo, qui mandavit jurisdictionem.« Die Berufung geht also an denjenigen, welcher den Richter delegirte [15]); allein von dem Mandirten geht sie nicht an den Mandanten, sondern an einen höheren über ihm. Dieses drückt Innocenz IV. [16]) so aus: »Cum suffraganeorum Remensis ecclesiae suorumque officialium, qui generaliter de causis, ad forum ipsorum pertinentibus, eorum vices supplendo cognoscunt, unum et idem consistorium sive auditorium sit censendum, ab ipsis officialibus non ad dictos suffraganeos, ne ab eisdem ad se ipsos interponi appellatio videatur, sed de jure ad Remensem est curiam appellandum.« Das gilt von den Höchstdelegirten so wenig [17]), als von den andern. Von ihnen geht die Berufung an den Deleganten.

Diese wichtigen Unterschiede lassen die Bedeutung des Satzes Pa-

---

12) Gl. C. Si quis contra. 4. X. de for. comp. (2. 2.) in cas: ». . . delegatus episcopi suam sententiam non potest executioni mandare.« v. ipsius sollicitudine: »Hoc ideo dicit, quia delegatus ab ordinario non potest suam sententiam executioni mandare, sed ille ordinarius illam debet exequi.« Durand. lib. 2. part. 3. de execut. sent. §. 2. n. 1: »Quoniam delegati patriarcharum, archiepiscoporum . . . delegans . . . debet sententiam executioni mandare.«

13) Mit der Glosse Not. 11. v. ipsius sollicitudine theilen viele Kanonisten die von ihr erhobenen Bedenken, die auf mißverstandenen Stellen beruhen.

14) Fr. Quod dicitur. 1. pr. u. §. 1. D. quis, a quo apell. (49. 3.)

15) Fr. Dato judice. 3. D. eod; »Dato judice a magistratibus . . . etiamsi ex auctoritate Principis . . . dederint, ipsi tamen magistratus appellabuntur.«

16) C. Romana. 3. pr. de appell. in 6. (2. 15.)

17) Fr. Appellandi. 1. §. 2. D. de appell. (49 1.) Die vom Kaiser delegirten Consuln hatten einen Richter bestellt, subdelegirt. Da die Berufung, statt an sie, an den Präfektus Urbi gerichtet worden war, wurde der Irrthum berichtigt. Der Kaiser entschied: »Consules amplissimi perinde cognoscant, atque si ad ipsos facta esset provocatio.« C. un. C. qui pro sua jurisd. jud. dar. poss. (3. 4.): ». . . nisi a nobis specialiter delegantibus dati, alii causas delegaverint judicandas: nam his delegantibus . . . ad eos jure judicia remeabunt.«

pinians von delegirten Befugnissen: »mandata jurisdictione non transferuntur«, erkennen. Er behauptet damit nicht, daß beide Rechte nicht delegirt werden könnten [18]).

14. Unter den Aemtern, deren Jurisdiktion die ordentliche genannt wurde, und deren Inhaber die Ordinarii waren, sind, wie angedeutet, die höheren Magistrate, magistr. majores, die Imperium besaßen, vorausgesetzt, wie die Stellen der Präsides und der Rectores in den Provinzen [1]). In der Kirche sind es die Aemter der Diöcesan-Bischöfe und jene der höheren Prälaten der Hierarchie [2]), so, daß, wenn von Ordinarien die Rede ist, in der Regel nur solche Gewalthaber gemeint sind. Es gab indessen nach dem römischen Rechte, wie erwähnt, noch Aemter mit geringerer Gewalt, und solche zwar, die kein Imperium einschlossen, dennoch aber Magistrate, allein im Gegensatze zu jenen, als den höheren, die geringeren, minores, hießen [3]). Solcher gibt es auch in der Kirche, und darunter deren, die zugleich das Imperium, in größerem oder geringerem Umfange, einschließen. Dazu gehörten die Archidiakonate, und gehören die bischöflichen General-Vicariate und Officialate und die der Pfarrer. Sie werden jedoch nur Officia genannt.

15. Die Jurisdiktion des Archidiakons war an und für sich nur die des Bischofs und ein Antheil derselben, und er übte sie in einem bestimmt bezeichneten Bezirke zur Erleichterung und zur Stellvertretung des Bischofs aus. In so fern war sie nur eine stellvertretende, vicaria, und ihr Inhaber bischöflicher Vicar [1]). Allein diese Stellvertretung erhielt er

---

[18]) §. 11. Not. 1. — Die Bemerkung der Glosse zu Fr. Quaecunque. 1. §. 1. D. de off. ej. c. m. (1. 21.) v. qui mandatam: »mandata et delegata jurisdictio idem est,« ist irrig. Diese Verwechselung trug zur Verdunkelung der Lehre viel bei.

[1]) C. Si quis. 1. C. Th. Si quaecunque praed. pot. (3. 11.) C. Promulgatum. 3. C. Th. de donat. (8. 12.) C. Manente. 3. C. Th. de his, qui cond. (12. 10.) C. Nemo. 8. C. Th. de censu. (13. 10.) C. Omnes, qui. 33. pr. C. de episc. et cler. (1. 3.): »... apud suos judices ordinarios, id est, provinciarum rectores, in quibus locis degant.« C. In sacris. 2. C. de prox. sacr. scrin. (12. 19.) Nov. 20. c. 3. Nov. 31. c. 1. §. 3.

[2]) De off. et potest. jud. ordin. X. (1. 31.) — in 6. (1. 16.) Clem. (1. 9.)

[3]) Fr. Nec magistratibus. 32. D. de injur. (47. 10.) §. 8. Not. 1.

[1]) C. Ut archidiaconus. 1. X. de off. archid. (1. 23.): »Ut archidiaconus post episcopum sciat, se vicarium ejus esse in omnibus.... Et ... cuncta ... ad vicem sui episcopi corrigat et emendet.« Von ihm sagt Innocenz III. in c. Ad haec. 7. §. 3. X. eod: »...et ipsius episcopi vicarius reperitur, omnem sollicitudinem et curam ... prout melius secundum Deum poterit, impendendo.«

nicht, wie der Legat des Proconsuls, durch Mandat, auch nicht durch Delegation, sondern als ein kirchlich durch Herkommen constituirtes Amt und er übte seine Jurisdiktion als eine mit dem Amte übertragene und zuständige, daher als eine ordentliche, ordinaria. Das Amt selbst nun war zugleich nicht als ein widerrufliches, sondern als ein andauerndes, perpetuum, errichtet, und das so, daß es als Beneficium angesehen und nach Beneficial-Recht behandelt wurde. So kam es, daß die ihm angehörige Jurisdiktion für eine eigene, propria, galt, und das Gericht des Archidiakons als ein selbstständiges, von dem bischöflichen verschiedenes, handelte, daher denn eine eigene Instanz bildete, von welcher die Berufung an die bischöfliche, als die höhere, ging [2]). Ihre Jurisdiktion wurde nach und nach beschränkt und ging endlich, jedoch formell anders qualificirt und materiell erweitert, an die bischöflichen General-Vikare und Officiale über.

16. Ueber die bischöflichen Officiale verordnete Clemens V. auf dem Concil von Vienne [1]): »Etsi principalis officialis episcopi ... a sede apostolica ... dari valeat delegatus, in officiali tamen foraneo ... nequaquam hoc volumus observari,« und stellt beide als ganz verschieden einander entgegen. So bestanden zwei Arten von bischöflichen Officialen.

In Betreff der ersten Art bemerkt die Glosse [2]): »Alibi dicitur ... vicarius,« und verweis't auf eine Stelle, worin Bonifacius VIII. äußert [3]): »officialis, aut vicarius generalis episcopi, beneficia conferre non possunt«, sie faßt also das Bindewort aut nicht als Verschiedenartiges entgegensetzend, sondern als Gleiches nebeneinander stellend und erklärend auf. In diesem Sinne stellt das Concil von Trient sie nebeneinander, wo es den Kapiteln vorschreibt [4]): »officialem seu vicarium infra octo dies post mortem episcopi constituere.« Im Allgemeinen bezeichnen also beide Ausdrücke den nämlichen bischöflichen Beamten. Die Glosse kennt [5]) indessen auch einen »vicarius in spiritualibus,« der nicht officialis

---

[2]) C. Romana. 3. §. 1. de appell. in 6. (2. 15.): »Ab archidiaconis vero aliisque praelatis ... ad suffraganeos ipsos debet ... appellari.«

[1]) Clem. Etsi principalis. 2. de rescr. (1. 2.)

[2]) Ibid. v. officialis.

[3]) C. Cum in generali. 3. d. off. vicar. in 6. (1. 13).

[4]) Conc. Trid. sess. 24. de ref. c. 16.

[5]) Zu Clem. Etsi principalis. 2. de rescr. (1. 2.) v. officialis: »... Et per hoc verbum videtur, vicarium in spiritualibus, qui alias officialis non est, delegari non posse.«

ist. Diese Unterscheidung ist auch in Deutschland üblich, und so, daß jenem die Jurisdiktion für die Verwaltungsgeschäfte, diesem für die gerichtlichen Verhandlungen überwiesen wird [6]). Die Verschiedenheit beruht auf dem Objekte der Jurisdiktion, diese selbst ist ihrer rechtlichen Beschaffenheit nach die nämliche, so daß, was von der einen gelehrt wird, auch von der andern gilt.

Beide Benennungen deuten nur auf eine untergeordnete Amtsstellung. Jeder bei dem Gerichtspersonal eines Magistrates, officium [7]), Angestellte hieß officialis [8]). Mit diesem Worte war denn nur die gerichtliche Eigenschaft angegeben, und diente es vorzugsweise als Bezeichnung eines Richters, so konnte dabei doch bloß ein untergeordneter gedacht werden. Der Beisatz »principalis« hob ihn vor andern der nämlichen Art hervor; in der angeführten Clementine stellt er ihn dem foraneus gegenüber, ohne ihm die Eigenschaft eines untergeordneten Richters zu benehmen. Statt dessen nennt ihn die Glosse auch »officialis generalis [9]).« Das Wort »vicarius« drückt schon unmittelbar die amtliche Unterordnung der Stellvertretung aus. Die nähere Bestimmung durch »generalis« ist dadurch bezeichnender, daß sie von der Bestellung des Beamten hergenommen ist. Hierüber gibt Bonifacius VIII. in der Begründung der oben angeführten Entscheidung diesen Aufschluß: »Cum in generali concessione nequaquam illa veniant, quae non esset quis verisimiliter in specie concessurus, nec regulariter valeat donare is, cui bonorum administratio etiam libera est concessa, officialis, aut vicarius generalis episcopi . . . non possunt, nisi beneficiorum collatio ipsis specialiter sit concessa.« Dieser Vikarius ist also dadurch von andern bischöflichen Vertretern unterschieden, daß er von seinem Bischofe einen allgemeinen Auftrag erhalten hat. In gleicher Weise sagt Innocenz IV. [10])

---

[6]) Schmalzgrüb. bemerkt lib. 1. tit. 28. u. 14. von den Vertretern des Bischofes: »Hi tripliciter constitui possunt: in temporalibus tantum . . . oeconomus; 2. in spiritualibus tantum, et tunc vocatur vicarius generalis cum addito in spiritualibus, in litteris autem ultra montes directis officialis episcopi.«

[7]) Fr. Eum. 17. D. de in jus voc. (2. 4.) Fr. Sed et si. 11. §. 1. D. ad exhib. (10. 4.) Paul. I. 6. a. §. 4.

[8]) C. Omnes. 29. C. Th. de appell. (11. 30.): » . . . strenuo videlicet officiali ex his, qui tibi parent, ad hanc sollicitudinem electo.«

[9]) Gl. zu c. Romana. 3. de appell. in 6. (2. 15.) in cas: » . . . quando appellatur ab officiali generali et principali.«

[10]) C. Romana 3. pr. de apell. in 6.

von den bischöflichen Officialen: »qui generaliter de causis, ad ipsorum forum pertinentibus, eorum vices supplendo cognoscunt.«

Seinen allgemeinen Auftrag erhält aber der General-Vikar, oder der Official, nicht durch Delegation, sondern durch Mandat, wie der Proconsul ihn seinem Legaten ertheilte, und wie ein Procurator und ein Verwalter bestellt wird. Hiermit setzt ihn Bonifacius VIII. ausdrücklich auf eine Linie und das ganze Verhältniß wird nach den Grundsätzen, die vom Mandate und von der mandirten Jurisdiktion gelten, beurtheilt. Daher die oben erwähnte Beschränkung auf den Inhalt des Mandates und die oben besprochene Einerleiheit der bischöflichen Jurisdiktion mit jener des General-Vikars nebst Anderm.

Diese Jurisdiktion ist also eine mandirte, jurisdictio mandata. Der General-Vikar besitzt und übt sie mithin nicht als seine eigene [11]), doch wird sie mit Recht eine ordentliche, ordinaria, genannt, in so fern sie mit einem Amte übertragen wird. Denn er überkommt sie nicht unmittelbar und so, daß die Uebertragung selbst das unmittelbare Objekt des Auftrages ist, sondern er erhält ein Amt, officium, und mit diesem seinen allgemeinen Auftrag. Einer speziellen Entscheidung, daß Strafsachen von diesem Auftrage ausgeschlossen sind, schickt nämlich Bonifacius VIII. voraus [12]): »Licet in officialem episcopi per commissionem officii generaliter sibi factam causarum cognitio transferatur, potestatem tamen inquirendi . . . transferri nolumus in eundem, nisi sibi specialiter haec committantur.« Durch die Erhebung dieser Wirksamkeit zu einem Amte unterscheidet sich die Stellung des bischöflichen General-Vikars von jener des proconsularischen Legaten [13]); die übertragene Jurisdiction bleibt aber ihrem Wesen nach die gleichartige und unverändert, namentlich in Betreff der Widerruflichkeit. Mit ihr mußte denn auch das Amt selbst als ein widerrufliches constituirt werden. Und dadurch unterschied es sich zugleich auch von jenem des Archidiakons. Den-

---

11) Gl. zu C. Romana. 1. de off. ordin. in 6. (I. 16.) in cas. in f.: »... officialis dicitur actum facere non auctoritate propria, sed vice et auctoritate illius, qui eum creavit.«

12) C. Licet. 2. de off. vicar. in 6. (I. 13.)

13) Als analog kann hier angeführt werden, was Clemens IV. von dem päpstlichen Legaten in c. Legatos. 2. de off. leg. in 6. (I. 15.) und ihrer Stellung mit den Worten erklärte: »Legatos . . . . adinstar proconsulum ceterorumque praesidum . . . ordinarios reputantes . . . declaramus . . . commissum tibi a praedecessore nostro legationis officium nequaquam per ipsius obitum exspirasse.«

noch war die Jurisdiktion eine ordentliche, da diese Beschaffenheit von der Eigenschaft eines rechtmäßig constituirten Amtes, und nicht von dessen Unwiderruflichkeit abhängt[14]).

17. Das Verhältniß des Officialis foraneus ist ein ganz anderes. Er besitzt zwar ebenfalls, wie schon seine Benennung zu erkennen gibt, keine eigene und selbstständige, sondern nur eine stellvertretende und übertragene Jurisdiktion; allein sein Geschäftskreis ist nicht als ein Amt, officium, aufgestellt, seine Jurisdiktion erhält er daher nicht mit einem solchen, sondern nur durch Auftrag, sie kann also nicht als eine ordentliche, und er selbst nicht als ein Ordinarius angesehen werden. Der Auftrag aber wird ihm nicht durch Mandat, sondern durch Delegation ertheilt. Daher geht die Berufung von ihm an den Bischof, als seinen Deleganten, und seine Jurisdiktion ist nicht eine mandirte, sondern eine delegirte[1]). Seine nähere Bezeichnung durch »foraneus« ist nur von dem räumlichen Umstande hergenommen, daß er nicht der Official an dem Gerichtshofe des Bischofes, am Orte dessen Sitzes und in der Stadt, sondern außerhalb, foras[2]), ist. Damit ist denn nur angedeutet, daß ein solcher Official nur außerhalb des bischöflichen Sitzes in einem auswärtigen Bezirke der Diöcese delegirt zu werden pflegt; nicht aber, daß er nicht auch in dem Sitze könnte delegirt, oder daß nicht auch ein officialis principalis in einem auswärtigen Bezirke angestellt werden könnte.

18. Was den Charakter der Jurisdiktion angeht, ist die Stellung des Pfarrers, parochus, mit jener des Archidiakonus ganz gleichartig.

---

[14]) Die Glosse erkennt diese Beschaffenheit der fraglichen Jurisdiktion an, sucht aber den Grund in der Identität mit der bischöflichen. Zu c Non putamus. 2. de consuet. in 6. (1. 4.) bestreitet sie die Ansicht: »officialem episcopi esse delegatum, non ordinarium,« und äußert: »sed licet haec sententia tempore suo posset salvari, tamen hodie non est verum, ut hic. Nam cum consistorium episcopi et officialis sit unum et idem, ergo talis officialis ordinarius dicitur, et ab ipso, sicut et ab episcopo, est ad archiepiscopum appellandum.« Diese Identität ist aber eine Eigenheit des Mandates und nebst jener Folge mit ihm gegeben; doch wird dadurch nicht jeder Mandirte ein Ordinarius. Zu c. Romana. 3. de appell. in 6. (2. 15.) kommt sie v. generaliter auf die Frage wieder zurück.

[1]) Gl. zu Romana. 3. de appell. in 6. (2. 15.) in cas: ». . . excluduntur officiales foranei, qui sunt delegati Episcopi; licet enim habeant jurisdictionem ad universitatem causarum, tamen ab eis appellatur ad Episcopum, et non ad metropolitanum.«

[2]) Gl. zu c. Romana. 1. de off. ordin. in 6. (1. 16.) v. foraneos: »quia foris in dioecesi constituebantur.«

In seinem Wirkungskreise ist er der Stellvertreter des Bischofes, vicarius, wie der Archidiakon, und in so fern könnte seine Jurisdiktion eine stellvertretende, vicaria, genannt werden; allein der Inbegriff seiner Obliegenheiten und der dazu erforderlichen Befugnisse ist als ein Amt, officium, anerkannt. Ihm wird daher seine Jurisdiktion nicht, wie dem proconsularischen Legaten, unmittelbar und aushülfsweise, sondern mittelbar mit dem Amte, als in diesem mit eingeschlossen, verliehen, und sie ist damit eine amtliche, die er als die seinige und ihm zustehende ausübt, und somit denn eine ordentliche, ordinaria [1]). Hierbei kommt es nicht darauf an, ob das Amt ihm als Beneficium verliehen wird und nach Beneficial-Recht zu beurtheilen ist, oder nicht.

Ob die apostolischen Abgeordneten, Legaten und Nuntien, und andere Beauftragte eine mandirte oder eine delegirte Jurisdiktion besitzen, hängt von ihrer Bestellung ab.

19. Zur Vermittlung klarer Begriffe sind außer den kirchlichen Trägern der Jurisdiktion auch schon wichtige Punkte angegeben, welche die mandirte und die delegirte Jurisdiktion miteinander gemein haben und wodurch sie verschieden sind; hier nun sind noch einige besondere aus praktischer Rücksicht zu besprechen. Beim Rückblick auf die Reihenfolge, in welcher jene Punkte früher vorkamen, ist hier zuerst die Widerruflichkeit, dann die Unselbstständigkeit und die Befugniß zur Subdelegation zu ergänzen, dem sich dann anschließt, was außerdem noch zu beachten ist.

Die vom päpstlichen Delegaten einem Dritten ganz oder nur theilweise subdelegirte Sache kann er wieder zurückziehen und sie entweder selbst ausführen, oder einem Andern übertragen, wenn sie nicht schon von jenem Subdelegirten begonnen worden ist. Denn mit diesem Beginnen ist die Jurisdiktion an ihn übergegangen [1]); begonnen aber ist eine Sache, wenn eine Ladung darin ergangen ist [2]). Was also

---

[1]) Fagnan. sagt c. Cum ab ecclesiarum. X. de off. jud. ord. (1. 31.) n. 4.: »Plebanum . . . esse ordinarium parochianorum suorum.«

[1]) C. Quamvis. 6. de off. deleg. in 6. (1. 14.): ». . . antequam ille jurisdictione usus fuerit, commissio hujusmodi per te revocetur ab ipso . . . causam ipsam resumere poteris, cum jurisdictio, ex quo ipsa usus non exstitit, non censetur in eum officaciter transiisse.« Gl. zu c. Super quaestionum. 27. X. eod. (2. 29.) v. litis exordium.

[2]) C. Gratum. 20. X. de off. jud. deleg. (1. 29.): ». . . cum . . . citatione facta negotium sit quasi coeptum.« C. Nemini. 10. in f. X. de off. legat. (1. 30.) Gl. zu c. Relatum. 19. X. de off. jud. del. v. contestata.

der Delegirte von der überkommenen Jurisdiktion dem Andern übertrug, darüber kann er dann nicht mehr verfügen; es war nicht die seinige, und was ihm davon zustand, hat er abgegeben und kann es nicht mehr zurücknehmen [3]). Seitens des Delegirenden waltet dieser Grund nicht ob. Die delegirte Jurisdiktion bleibt noch immer die seinige, und er kann sie zurücknehmen, oder einem Andern übertragen, in welchem Stande sich auch die Sache schon befinden mag. Das nämliche Recht steht auch dem Ordinarius zu [4]).

Die mandirte Jurisdiktion endigt aber mit dem Widerruf [5]), sobald er bekannt ist, sei auch die Sache begonnen, oder nicht.

20. Die delegirte Jurisdiktion erlischt vermöge ihrer Abhängigkeit von jener des Deleganten mit seinem Tode, wenn von ihr vorher noch kein Gebrauch gemacht worden ist [1]). Dieser Gebrauch kann aber nur in der Setzung einer Handlung gefunden werden, wozu eben die delegirte Jurisdiktion ermächtigt. Auch hierbei wird vorausgesetzt, daß der Tod dem Delegirten unbekannt gewesen ist [2]).

Der Grund dieses Erlöschens ist darin zu suchen, daß die Jurisdiktion mit dem davon gemachten Gebrauche übergegangen und damit ein

---

[3]) Das beweist außer dem angeführten c. Quamvis. 6. de off. deleg. in 6. das c. Venerabili. 37. in f. X. de off. jud. del. (1. 9.) und Gl. ibid. v. vices suas.

[4]) Fr. Judicium. 58. D. is jur. (5. 1.): »Judicium solvitur vetante eo, qui judicare jusserat.

[5]) Fr. Si vero. 12. §. 16. De mandati. (17. 1.): » . . . extinctum est mandatum finita voluntate.« C. Si quem. 8. de procur. in 6. (1. 19.): » . . . sive ante litem contestatam, sive post. . . . eum revocare censeris.«

[1]) C. Licet. 30. in f. X. de off. jud. del. (1. 29.): » . . . si vero ante mortem illius jurisdictione uti coeperit taliter demandata, vices . . . illius poterit adimplere.« Die Glosse setzt v. ubi coeperit bei: »saltem per citationem.« In c. Gratum. 20. X. eod. ist die Frage: »an ante obitum delegantis proposito citationis edicto, lite vero post mortem contestata, nihilominus debeat in causa procedere delegatus,« wie oben angegeben, dahin beantwortet, das Geschäft sei dadurch »quasi coeptum,« und wird beigefügt: »maxime si delegatus non sit certus de obitu delegantis, potest et debet in causa procedi.« Fr. Venditor. 49. §. 1. D. de jud. (5. 1.)

[2]) Zu c. Gratum. 20. Not. 1. bemerkt die Glosse v. maxime: »Hic bene dicit; quia idem esset, si esset certus praemissa citatione, quia potest procedere, etiam si esset certus de morte delegantis, et si negotium non esset quasi coeptum, non procederet, et ideo potest procedere, cum nondum sit certus, et negotium sit quasi coeptum.« . Vgl. B. 2. T. 4. §. 18.

besonderes, von jenem des Deleganten verschiedenes, Gericht gebildet ist, von welchem die Berufung an das des Deleganten geht. Dieser Grund nun ist, wie durch den Tod, so auch durch die Entsagung und den Amtsverlust gegeben, so, daß die delegirte Jurisdiktion auch durch sie erlischt, bevor sie durch Anwendung übergegangen ist. Durch Excommunication, Suspension und Interdikt des Deleganten wird sie bei ihm und bei dem Delegirten nur gehemmt [3]).

Als eine abhängige erlischt die mandirte Jurisdiktion durch jene Vorgänge ebenfalls und wird durch die Suspension und das Interdikt des Mandanten gehemmt, und zwar auch dann, wenn ihre Ausübung schon begonnen hat. Durch den von ihr gemachten Gebrauch wird kein eigenes Forum begründet, sondern es bleibt eins und das nämliche mit jenem des Mandanten [4]). Durch diese consequentere Entwickelung des Mandatsverhältnisses unterscheidet sich hier das kanonische Recht von dem römischen [5]).

21. Wer nicht von der höchsten Auktorität delegirt worden ist, kann vermöge seines Auftrages nicht delegiren; es ist aber selbstredend, daß er es alsdann kann, wenn er dazu vom Ordinarius ermächtigt worden ist. Denn dann hat er zwei an sich verschiedene Aufträge erhalten: den einen, in der Sache selbst zu handeln, und den andern, sich einen Vertreter zu bestellen [1]), womit denn keine Jurisdiktion übertragen,

---

[3]) Gl. zu c. Licet. 30. X. eod: v. re integra: »... quid si delegans non moritur, sed deponitur? non procedet,« der delegatus nämlich. Pirrh. h. t. n. 81.

[4]) Clem. Procuratorem. 4. de off. jud. ord. (1. 10.): »Procuratorem a praelato ... constitutum per mortem constituentis revocari censemus, etiam quoad negotia jam incepta et causas, in quibus per ipsum lis fuerit ante mortem hujusmodi contestata.« C. Romana. 1. in f. de off. vicar. in 6. (1. 13.): „... quae ipsi gerendo hujusmodi vices agunt, eo taliter excommunicato manente ... non possunt obtinere vigorem.«

[5]) Paulus meldet in Fr. Et quia. 6. D. de jurisd. (2. 1.): »... si is, qui mandavit jurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est jurisdictio, geri coeperit, solvi mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.« Dieser Grundsatz war in c. Relatum. 19. X. de off. jud. del. (1. 29.) gegen die Fortsetzung einer vermöge päpstlicher Delegation begonnenen Untersuchung vorgebracht, also das Mandat mit Delegation verwechselt worden. Lucius III. entschied dagegen nach der Lehre über die Delegation.

[1]) Gl. zu c. Is, cui. 12. de off. jud. del. in 6. (1. 14.) v. per alium: »... disputavi, an delegatus ab alio, quam a principe, habens speciale mandatum subdelegandi, subdelegare possit. Et credo, quod sic, quia sicut isti non ..hent a lege, quod subdelegare possunt, tamen si ad hoc haberent speciale, hoc ..nt: sic ... delegatus ... si habeat hoc ab homine, subdelegare poterit.«

sondern nur die Bestellung eines Delegaten vermittelt wird. Wer einen allgemeinen Auftrag hat, kann ebenfalls Einzelnes subdelegiren[2]).

Der päpstliche Delegirte ist in seinem Subdelegationsrechte in so fern beschränkt, als er es nur aus wichtigen Gründen in Anwendung bringen soll[3]). Solche Gründe werden indessen vermuthet, sobald subdelegirt worden ist. Daß eine Subdelegation nicht eintreten kann, wenn die Delegation eine persönliche, das heißt, eine solche ist, die aus Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Delegirten geschah, ist nicht als eine Beschränkung der allgemeinen Regel anzusehen, sondern an sich selbst eine auf das Subjekt beschränkte Delegation. Daß aber die Delegation eine persönliche sei, läßt sich aus den Worten der Ausfertigung[4]), oder aus der Eigenthümlichkeit des Auftrages[5]) erkennen, wie eine allgemeine Untersuchung zu haben pflegt[6]). Daß ferner der Delegirte nur solche Personen subdelegiren kann, an welche der Papst nach der allgemeinen Ordnung mit Berücksichtigung der kirchenamtlichen Stellung delegirt[7]), ist eine natürliche Folge dieser Ordnung.

Hingegen ist es eine Erweiterung seines Rechtes, daß der päpstliche Delegirte statt seiner auch mehre subdelegiren kann[8]).

22. Jede Delegation ist eine außerordentliche Jurisdiktions-Verleihung, die sich daher in keinem Falle von selbst versteht und der Nachweise bedarf für alle, die dabei betheiligt sind. Da nun von ihr die Gültigkeit aller Handlungen abhängt, so braucht sich, ohne die Gewißheit von dem ertheilten Auftrage erhalten zu haben, Niemand, von dem ersten Schritte durch die Vorladung an bis zur Vollstreckung des Erkenntnisses,

---

[2]) Gl. zu c. Cum causam. 62. X. de appell. (2. 28.) v. delegatus: »... non potest ... qui est delegatus ab alio ad unam causam tantum; nam si esset delegatus ad universitatem causarum, bene posset unam causam alii subdelegare.« Gl. zu fr. Mandatam. 5. D. de off. ej. cui. (1. 21.) v. non posse. Gl. zu fr. Solet. 16. D. de jurisd. (2. 1.) v. speciem unam.

[3]) C. Si pro debilitate. 3. X. de off. jud. del. (1. 29.)

[4]) Wie in c. Quoniam. 43. §. 1. X. eod.

[5]) Wie in c. Is, cui. 12. eod. in 6.

[6]) Quoniam, 43. §. 1. cit. X. eod.

[7]) C. Statutum. 11. §. 3. de rescr. in 6. (1. 3.) Gl. zu c. Cum te consulente. 18. X. de off. jud. del. v. a personis ecclesiasticis: »... hodie est provisum ... quod illis personis debet committere delegatus Papae, quibus committit ipse Papa.«

[8]) C. Cum te consulente. 18. X. de off. jud. deleg.

auf die Sache einzulassen [1]). Das macht eine schriftliche Ausfertigung nothwendig und die Besorgung authentischer Abschriften zu den Akten [2]).

23. Da der Delegat sein ganzes Recht aus dem Auftrage ableitet, und dieser zugleich eine außerordentliche Gewaltertheilung ist, so muß er genau nach dessen Inhalt handeln, und dieser ist zugleich streng zu erklären, strictae interpretationis, so, daß keinerlei Erweiterung oder Vermuthung geltend gemacht werden darf [1]). Die Ueberschreitung der bezeichneten Grenzen macht die Verhandlung ungültig [2]). Hiervon sind die speziellen Bestimmungen über die Thätigkeit der Einzelnen in den Fällen, in welchen Mehre zu beliebigem oder zu gemeinschaftlichem Handeln delegirt sind, nur die Anwendung.

Können sie beliebig handeln; so ist damit Jeder befugt, den Andern, auch wenn es nicht ausgedrückt ist, zu seiner Vertretung zu beauftragen [3]). Diese Subdelegation steht dann Jedem um so mehr zu, wenn der Auftrag so ertheilt ist, daß Einer von ihnen, in solidum, oder daß ihrer zwei, oder daß ihrer mehre handeln könnten. Hat dann aber Einer die Sache ohne Betheiligung der Andern begonnen, so ist die Jurisdiktion an ihn übergegangen, daher denn die Theilnahme der Andern ausgeschlossen, weil jenes Vorgehen dem Auftrage entspricht und ihm genügt, somit denn diese keine weitere Jurisdiktion mehr haben. Indessen ist für sie der Auftrag noch nicht aufgelöst oder unwirksam geworden, so lange er nicht ganz erledigt ist. Wenn daher jener erkrankte, oder sonst an der Durchführung gehindert würde, oder sie nicht wollte; so könnten und müßten sie dafür einschreiten [4]). Enthielte der Auftrag eine solche Alternative auch nicht, so könnte doch Einer den Andern subdelegiren;

[1]) C. Cum in jure. 31. X. de off. jud. deleg. (1. 29.) Gl. ibid. in cas. u. v. super mandato.

[2]) Gl. ibid. v. super mandato: ».... Ut nulla sit dubitatio, ita debet fieri, quod auctoritate judicis rescriptum Domini Papae solemniter in publicam formam redactum inseratur in ipsa sententia judicis auctoritate.«

[1]) Beispiele enthalten c. Cum olim. 32. C. Venerabili. 37. C. P. et G. 40. X eod. Zur ersten Stelle bemerkt die Glosse in cas: »... Nota, quod .... fines mandati diligenter servandi sunt.«

[2]) C. Cum dilecta. 22. X. de rescr. (1. 3.); C. Cum olim. 32. C. P. et G. 40. X. de off. jud. deleg.

[3]) C. Quamvis. 6. X. de off. jud. deleg. Fr. Duo. 39. D. de re jud. (42. 1.)

[4]) C. Cum plures. D. de off. deleg. in 6. (1. 14.)

stürbe[5]) dann aber Einer vor der Subdelegation, oder vor dem Beginne des Prozesses[6]), verlöre er die Jurisdiktion[7]), oder würde er als verdächtig abgelehnt, so würden auch die Andern nicht handeln können. Lautet der Auftrag dahin, daß, wenn nicht alle sich betheiligen könnten, die Andern handeln möchten; so ist die Alternative eine bedingte. Daher müßte denn, bevor ein Theil handeln dürfte, ermittelt sein, daß nicht Alle könnten[8]). Ist keine Alternative erwähnt, so muß gemeinschaftlich gehandelt werden, doch kann der Eine den Andern subdelegiren[9]).

24. Außer den Fällen in Folge der Abhängigkeit erlischt die durch Delegation sowohl, als durch Mandat übertragene Jurisdiktion mit der Beendigung des Geschäftes[1]), durch den Verzicht darauf[2]), und durch den Tod des Beauftragten[3]); durch seine Excommunication[4]) wird sie nur suspendirt, weil die Strafe nur Suspension ist. Lautet der Auftrag nicht auf die Person, sondern auf das Amt, so hat der Tod auf die Jurisdiktion keinen Einfluß, da ja das Amt bleibt. Hier tritt also keine Ausnahme ein, sondern die Fälle sind ganz verschiedene. Zu den Fällen des Erlöschens gehört zugleich die Subdelegation der ganzen delegirten Gerichtsbarkeit. Damit hat sich der Delegirte ihrer ganz begeben, besitzt mithin keine mehr[5]). Eine Folge davon ist denn auch, daß an ihn nicht mehr appellirt werden kann[6]).

25. Delegationen vom apostolischen Stuhle oder dessen Legaten können nur an Geistliche, die in Würden stehen, oder an Domherren, an

---

[5]) C. Uno. 42. X. eod.

[6]) C. Licet. 30. X. eod.

[7]) Gl. zu c. Uno. 42. X. eod. v. delegatorum: »... Idem esset, si alter efficiatur infamis ... Item, si removeretur ut suspectus ... tamen unus potest committere vices suas alteri ... et si eo vivente alter coepit uti jurisdictione sibi commissa, solus poterit procedere.« C. Cum super quaestionum. 27. §. 4. X. eod.

[8]) C. Causam. 16. C. Prudentiam. 21. X. eod.

[9]) C. Super quaestionum. 27. §. 4. X. eod.

[1]) C. In litteris. 9. X. eod.

[2]) C. Quoniam. 14. X. eod.

[3]) C. Quoniam. 14. X. eod. Gl. zu c. In litteris. 9. X. eod. v. officio suo functus: »... finitur mortuo judice, cui proprio nomine scribitur ... per legitimam recusationem.«

[4]) §. 20. Not. 3. Vgl. die Lehre von der Excommunication.

[5]) C. Venerabili. 37. X. eod.

[6]) C. Si is, cui. 10. de off. del. in 6.

einen bischöflichen General-Vikar oder Official, und zwar aus der Diöcese, zu welcher die Partheien gehören, in partibus, geschehen [1]). Gegen Aufträge an Andere können die Betheiligten nicht bloß Einwendungen erheben, sondern es sind auch solche an sich ungültig [2]). Damit nun geeignete Personen bestellt werden können, ist angeordnet, daß außer dem Ordinarius deren in jeder Diöcese wenigstens vier dem apostolischen Stuhle bezeichnet werden. Delegationen an Andere werden als erschlichen betrachtet und sind ungültig [3]), wofern nicht der Papst wissentlich einen Andern beauftragt [4]).

26. Die Jurisdiktion auch im engern und eigentlichen Sinne schließt außer der eigentlichen richterlichen Gewalt noch eine administrative zur Vornahme von Rechtsgeschäften ein, die nicht in Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten bestanden und kein förmlich gerichtliches Verfahren erforderten [1]). Handlungen dieser Art, wie Bestellung von Tutoren und andere schon angedeuteten, gehen nicht vermöge einer gerichtlichen Nöthigung, sondern nach freiem Willen der Betheiligten vor sich, sind also in so fern und im Gegensatze zu den Prozeßhandlungen bei Rechtsstreitigkeiten betrachtet freiwillige, woher denn die Jurisdiktion selbst eine freiwillige, voluntaria, genannt wird, wogegen die andere eine nothwendige, necessaria, genannt zu werden pflegt [2]). Hier nun ist die freiwillige Jurisdiktion von den Erörterungen ausgeschlossen, und diese beschränken sich auf die nothwendige und eigentlich gerichtliche, contentiosa, sei der Gegenstand eine Strafsache, oder ein Rechtsstreit unter Privaten, daher die Jurisdiktion eine strafende, coercitiva, oder eine nicht strafende, non coercitiva.

---

[1]) Nov. 96. pr. u. c. 2. 4. C. Statutum. 11. pr. §. 1. de rescr. in 6. (1. 3.)

[2]) Gl. ibid. v. committantur.

[3]) Conc. Trident. sess. 25. c. 10. de ref.

[4]) Gl. zu c. Statutum. 11. cit. v. literarum: »Pone, Papa in litteris vocat aliquem simplicem clericum, numquid valebit commissio? . . . dic . . . ex quo Papa scienter committit, quia facit et facere potest contra constitutionem istam.«

[1]) §. 5.

[2]) Fr. Omnes. 2. pr. D. de off. Procons. (1. 16.): »Omnes Proconsules . . . habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri.«

Zweiter Titel.

Competenz und Gerichtsstand*).

1. Der Inhaber einer gerichtlichen Jurisdiktion zum Rechtsprechen im Namen der höchsten Auktorität nennen wir Richter, judex. Auch die höheren Magistrate, wie Senatoren und Consuln, wurden judices genannt, im engern und gangbaren Sinne aber bezeichnete man damit die von solchen Magistraten, insbesondere den Prätoren, zur Entscheidung einzelner vor ihnen anhängig gewordenen Fälle speziell bestellten und beauftragten Männer, judices dati. Sie waren nur Delegirte, die keine eigene Jurisdiktion hatten, und an sie wird hier nicht gedacht, sondern an solche, welche die Jurisdiktion mit dem Amte erhalten hatten und besaßen, rücksichtlich sie noch besitzen. Und in diesem Titel kommen sie nur als solche Besitzer in Betracht. Wie nun jedes Amt, so hat auch und muß jedes Richteramt ein bestimmtes Maß von Befugnissen zugewiesen haben, mit welchen der Richter Recht sprechen kann und über welche hinaus ihm keine Gewalt zusteht. Der Inbegriff und der Umfang dieser Befugnisse machen die ihm zuständige, competens, Jurisdiktion oder seine Competenz aus und erheben ihn zum zuständigen oder competenten Richter [1]), judex competens. Die Competenz ist ferner begrenzt entweder durch Beschränkung der richterlichen Wirksamkeit auf einen Bezirk [2]), oder auf bestimmte Civilsachen, auf Criminalfälle, oder auf eine Klasse von Personen [3]), auch bis zu gewissen Beträgen [4]).

---

*) De foro competenti. X. (2. 2.) — in 6°. (2. 2.) Clem. (2. 2.)

[1]) Fr. Cum quaedam. 19. pr. D. de jurisd. (2. 1.): »Cum . . . apud competentem judicem litem susceperat.«

[2]) Fr. Extra. 20. D. de jurisd.: »Extra territorium jus dicendi impune non paretur.« Fr. Omnia. 1. §. 4. Fr. Praefectus urbis. 3. D. de off. Praef. urbis. (1. 12.) Competenz innerhalb der Stadt Rom. Fr. Proconsul. 1. D. de off. Procons. (1. 16.) Competenz innerhalb der überwiesenen Provinz. C. Per singulas. 2. C. 9. Q. 8: ». . . scire oportet . . . metropolitanum . . . solicitudinem totius provinciae suscepisse.« Clem. un. de foro comp. (2. 2.): ». . . ne quis episcopus jurisdictionem in dioecesi exerceat aliena.«

[3]) C. Si militaris. 2. C. si non a comp. (7. 48.)

[4]) Fr. Si idem. 11. D. de jurisd. C. Si quis. 1. C. de defens. (1. 55.)

Die richterliche Competenz ist aber nicht ein bloßes Recht, sondern sie ist auch eine Gewalt, die sich Gehorsam erzwingen kann. Diese Erzwingbarkeit ist nicht auf die ergangenen Rechtsentscheidungen beschränkt, sondern sie wohnt der richterlichen Jurisdiktion so inne, daß Alles, was ihre Ausübung erheischt, erzwungen werden kann[5]). Vermöge dieser Gewalt sind diejenigen, über welche sie zuständig ist, dem Richter gegenüber ihm unterworfen, suppositi, subjecti, subditi[6]), seine Untergebenen. So ist er ihr Richter, suus judex, sie sind in ihren Rechtssachen an ihn gewiesen und müssen sich zu deren Entscheidung vor ihm stellen, haben bei ihm ihren Gerichtsstand, forum[7]), so, daß sie vor ihrem competenten Richter auch ihr competentes Forum haben.

2. Da die richterliche Competenz nur eine rechtliche Gewalt zur Entscheidung ungewisser oder streitiger Rechte ist, so sind alle wissenschaftliche und andere nicht rechtliche Streitfragen von ihrer Wirksamkeit ausgeschlossen; und da nur die Entscheidung über Rechte der Unterthanen der höchsten Gewalt, also über Rechte und Handlungen von Privaten zu ihrer Aufgabe gehört, so sind Rechte und Handlungen der Regierungsgewalt ihr nicht unterworfen.

3. In Betreff der Sachen, causae, die hiernach vor ein bestimmtes Forum gehören, entspricht dasselbe immer der dem Richter zuständigen Competenz. Da nun diese in der Regel für einen gewissen Bezirk ertheilt wird, so gehören alle Sachen der Bewohner dieses Bezirkes vor sein Forum, oder alle Bewohner haben vor ihm ihr Forum, welches daher das gemeine, das gemeinschaftliche, for. commune, oder das all-

---

5) Fr. Cui jurisdictio. 2 D. de jurisd. (2. 1.): »Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.« Fr. Mandatam. 5. D. de off. ej. cui mand. (1. 21.) Fr. un. pr. D. si quis jus dicenti non obt. (2. 3.): ». . . jurisdictionem suam defendere poenali judicio.« C. Pastoralis. 28. pr. X. de off. jud. del. (1. 29.)

6) Fr. Si quis. 1. D. Si quis in jus voc. (2. 5.): »Si quis ... non suppositum jurisdictioni illius, ad quem vocatur.« Cons. Trid. sess. 14. cap. 7. pr. de s. poen. sacr.: ». . . ut sententia in subditos duntaxat feratur.« Fr. Incola. 29. D. ad municip. (50. 1.): ». . . jurisdictioni . . . subjectus.«

7) Fr. Haeres. 19. pr. D. de jud. (5. 1.): ». . . ibi defendendus est, ubi defunctus debuit.« C. Si clericus. 5. X. de for. comp. (2. 2.): ». . . cum actor forum rei sequi debeat.« — Forum ist metonymisch gleichbedeutend mit judicium, Gericht. Fr. Ne quis. 1. pr. D. de feriis. (2. 12.): »Ne quis . . . adversarium cogat ad judicium venire ... in forum compellendi non sunt.« §. 2.: ». . . cogi poterimus . . . ad Praetores venire.«

gemeine, for. universale, auch das Forum des Wohnortes, des Wohnsitzes, for. domicilii, genannt wird. Ihm gegenüber steht das besondere, for. speciale, wenn die Competenz auf gewisse Sachen beschränkt ist, wie auch, wenn sie über eine Klasse von Personen zusteht. Da diese Ausnahme zur Begünstigung dieser Personen und als ein Vorrecht, privilegium, Statt zu finden pflegt, so wird das Forum ein privilegirtes, for. privilegiatum, genannt, im Gegensatze zu welchem das allgemeine denn das gemeine heißt.

Die Sachen, die vor ein besonderes Forum gehören, sind bei der Competenz-Bestimmung immer sattsam bezeichnet und ohne nähere Angabe durch sich selbst leicht erkenntlich; die vor das allgemeine gehörigen dagegen sind von dem Domicil, und damit von dem Begriffe von Domicil abhängig, für dessen nähere Besprechung eben hier der Ort mehr, als anderswo ist, da er in allen andern Lehren aus dem Prozesse vorausgesetzt wird.

4. Die eigentliche Bedeutung von domicilium ist Wohnhaus, das heißt, ein zum Aufenthalte für Menschen bestimmtes Gebäude [1]). In diesem physischen Sinne ist es, rechtlich betrachtet, nicht verschieden von domus, aedes und aedificium, oder von Haus, Wohngebäude oder Wohnung. Gangbarer ist die rechtliche Bedeutung, in welcher allein es auch hier in Betracht kommt. In dieser bezeichnet es den Aufenthalt in einem Bezirke neben und mit andern Menschen der Gesellschaft, mit welchem bestimmte Rechte und Rechtspflichten verbunden sind. Solche sind einerseits das Recht, vor dem Richter des Bezirkes Rechtsschutz zu suchen, und andererseits die Pflicht, vor ihm der Rechte Anderer wegen Rede zu stehen; ferner das Recht, vor dem Pfarrer des Bezirkes eine gültige Ehe abzuschließen, auch durch ihn und auf dem dasigen Begräbnißplatze begraben zu werden, andere sind das Recht auf Erlangung von Ehrenämtern und die Pflicht zur Besorgung gewisser Geschäfte. Durch dieses Rechtsverhältniß wird man in dem Bezirke ein Eingesessener, incola, und man erlangt es durch das domicilium, da man durch die

---

[1]) Cic. de natur. deor. II. 37. §. 95: Praeclare ergo Aristoteles, si essent, inquit, qui sub terra semper habitavissent bonis et illustribus domiciliis, quae essent ornata signis atque picturis.« Eben so bestimmt gebraucht Cäsar das Wort in diesem Sinne de bell. gall. VI. 30: »Sed hoc eo factum est, quod aedificio circumdato silva, ut sunt fere domicilia Gallorum.« Es ist Rede von der Wohnung des Ambiorix, deren Umgebung ihm die Flucht möglich machte.

Geburt Bürger, civis, wird[2]). Man kann nämlich, wie ein Ausländer, peregrinus, an einem Orte Inkola sein und dessen Rechte genießen, ohne zugleich Bürger zu sein und volles Bürgerrecht zu besitzen. Da die Grundlage des Begriffes vom Domicil ein Aufenthalt ist[3]), so kommt es hier darauf an, zu bestimmen, ein wie beschaffener er sein muß, um dem rechtlichen Begriffe zu entsprechen.

5. Das charakterische Merkmal am Aufenthalte, als Domicil, ist das Bleibende und Fortdauernde. Das ist grammatisch und juristisch die eigenthümliche Bedeutung des Wortes, wodurch es von jeder andern Bezeichnung des Aufenthaltes verschieden ist. Hier ist unter Aufenthalt zunächst die Thatsache des Sichaufhaltens, des wirklichen Wohnens zu denken. Bei dem Worte kann nämlich auch der Raum, das Haus etwa, oder auch die Höhle, gedacht werden, die zum Aufenthalte und als Wohnung dient, oder doch dienen kann, oder dazu bestimmt ist; es bezeichnet indessen auch das Recht, welches als Domicil durch das bleibende Sichaufhalten oder durch die fortdauernde Benutzung eines Aufenthaltsraumes gewonnen wird. Wer in einer Stadt sein Wohnhaus an dem einen Ende veräußert und ein anderes am andern Ende bezieht, hat seinen räumlichen Aufenhalt, doch nicht sein Domicil verändert, und wer in einer Stadt um sein Haus und sein ganzes Vermögen gebracht worden ist, hat damit noch nicht den Aufenthalt als Domicil und als Recht verloren. Eben so verliert sein Aufenthaltsrecht nicht, wer sich nicht immer, oder sich auch sehr lange Zeit nicht räumlich in seinem Aufenthaltsbezirke aufhält. Da nun bei Menschen ein thatsächliches Sichaufhalten nicht ohne Aufenthaltsraum denkbar ist, so kann es die Begriffe hier nicht verwirren oder verdunkeln, wenn der Bequemlichkeit des Ausdruckes wegen auch schlechtweg von Aufenthaltsort oder Wohnort gesprochen wird, zumal man unter Wohnort nicht einen im Raume fixirten und unabänderlich einzunehmenden Raumtheil, sondern metonymisch auch das Sichaufhalten und sogar das Aufenthaltsrecht denkt. Das Entgegengesetzte des so näher bestimmten fortdauernden Aufenthaltes nun ist das Verweilen,

[2]) C. Cives quidem. 7. C. de incolis. (10. 39.): »Cives quidem origo, . . . incolas vero . . . domicilium facit.« Fr. Pupillus. 239. §. 2 D. de V. S. (50. 16.): »Incola est, qui aliqua regione domicilium suum contulit.« C. Si in patria. 5. C. de incol.

[3]) In dem angeführten fr. Pupillus. 239. §. 2. D. de V. S. fügt Pomponius über den incola bei: »quem Graeci πάροικον, id est, juxta habitantem, appellant.« Cäsar sagt de bell. gall. II. 29. in f.: »hunc sibi domicilio locum delegerunt.«

morari, commorari. Die Bezeichnung drückt schon aus, daß nur an einen Aufenthalt von einiger Zeit, eine Weile, das heißt hier, an ein bloßes jetzt Nichtweitergehen zu denken ist, und wer irgendwo nur verweilt, will eben damit keinen bleibenden Aufenthalt. Daß aber unter Domicil an und für sich und in seiner grammatischen Bedeutung ein dauerndes Verhältniß gedacht wird, geht schon daraus hervor, daß es mit Sitz, sedes, als gleichbedeutend in Verbindung gesetzt[1]) und so genannt wird[2]) und den nämlichen Sinn hat, wie unser Wohnsitz. Denn Sitz ist der zum Ruhen bestimmte Raum, schließt also die Vorstellung von Fortbewegen und von Sichentfernen aus. Daher wird auch die Gewinnung eines neuen Domicils dessen Gründung, constituere[3]), und dessen Hineinbefestigen, defigere[4]), und der Wechsel ein Versetzen, transferre[5]), genannt. Endlich wird das Niederlassen mit dem ganzen Familienrechte und dem gesammten Vermögensstande an einem Orte in der Absicht, ihn nicht wieder zu verlassen, als unzweifelhaftes Zeichen eines Domicils angegeben[6]). Zwischen Verweilen, commorari, und Wohnsitz, domicilium, haben, hält habitare, wie unser Wohnen, die Mitte. Es heißt, vom Aufenthalte gebraucht, eigentlich, sich irgendwo oft befinden, sich aufzuhalten pflegen, kann daher einen längern, auch bleibenden[7]), oder einen kürzeren, auch vorübergehenden[8]) Aufenthalt bezeichnen.

---

[1]) Cic. pro M. Marcell. cap. 9. §. 29: ». . . vagabitur modo nomen tuum longe atque late.: sedem quidem stabilem et domicilium certum non habebit.« Cäsar erzählt von den Germanen, wie sie die Menapier täuschten, de bell. gall. lib. 4. c. 4: »reverti se in suas sedes regionesque simulaverunt.«

[2]) Fr. Pupillus. 239. §. 2. cit. D. de V. S.: »se quasi in aliquam sedem recipiunt;« nicht also ein wirklicher Sitz und kein wirkliches Domicil. C. Nec ipsi. 2 C. de incol.: »Nec ipsi . . . domicilium ibi habere creduntur, nisi . . . eo loco sedes sibi constituerint.«

[3]) Fr. Non utique. 4. D. ad municip. (50. 1.): ». . . ubicumque ipse domicilium constituit.«

[4]) C. Si in patria. 5. c. de incol.: »Si in patria uxoris tuae, vel qualibet alia domicilium defixisti.«

[5]) C. Non tibi. 1. C. ibid: ». . . si . . . domicilium transtulisti.«

[6]) C. Cives quidem. 7. C. de incol.: »Et in eodem loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet.«

[7]) In diesem Sinne steht es in der angeführten Stelle aus Cic. de nat. deor. II. 37. §. 95. und in fr. Pupillus. 239. §. 2. D. de V. S.

[8]) Caes. de bell. civ. III. 112: »Hoc tractu oppidi pars erat regiae exigua, in quam ipse habitandi causa initio erat inductus.« In diesem Theile des Pala-

6. Irgendwo ein domicilium oder einen Wohnsitz haben, heißt also, sich dort bleibend aufhalten. Wer sich nun aber in eine ihm bis dahin fremde Gegend begäbe, um dort nur eine bestimmte, oder auch unbestimmte Zeit zu verweilen, also mit dem Willen und mit der Absicht, nicht dort zu bleiben, würde noch immer, wenn auch sein Aufenthalt verhältnißmäßig sehr lange währete, dort nur verweilen und keinen Wohnsitz haben. Denn das Faktische der kürzeren oder längeren Dauer würde das Verweilen nicht ändern. Der Verweilende selbst könnte seinen langen Aufenthalt nur als ein langes Verweilen, nicht aber als ein Ansässigsein denken. Hätte er aber den Entschluß gefaßt, zu bleiben, so würde der Gedanke an ein Verweilen verschwinden, und er müßte seinen Aufenthalt als ein Wohnenbleiben und als Wohnsitzhaben denken. Eben so würde, wer sich in eine fremde Gegend in der Absicht begäbe, dort zu bleiben, sofort mit der Thatsache des Aufenthaltes dort Wohnsitz haben und könnte nicht als dort verweilend gedacht werden. Die Thatsache des räumlichen Sichaufhaltens in Verbindung mit der wahren Absicht oder dem wirklichen Willen, zu verbleiben, was animus manendi genannt zu werden pflegt, bilden also den Begriff von Domicil[1]).

7. Eine Gesetzgebung könnte allerdings das Inkolat und damit die oben angedeuteten Rechtsverhältnisse lediglich von der physischen Anwesenheit einer Person abhängig erklären; allein nach dem gemeinen Rechte sind sie an das Domicil geknüpft[1]). Daher ist die nähere Angabe, wie ein Domicil gewonnen wird oder verloren geht, nicht zu umgehen.

---

stes auf Pharus hatte Cäsar seine einstweilige Wohnung. Das Nämliche zeigt die Aeußerung Ulpians in fr. Lex Cornelia. 5. §. 5 D. de injur. (47. 10.) über die Anwendbarkeit der Cornelischen Lex gegen gewaltsames Eindringen in ein fremdes Haus auf den Fall des Eindringens auf ein Landgut, das für den Herrn bebaut, doch nicht von ihm bewohnt wurde. Labeo bestritt sie: »quia non possit ubique domicilium habere, hoc est, per omnes villas suas.« Ulpian war anderer Ansicht und entgegnete: »Ego puto ad omnem habitationem, in qua paterfamilias habitat, pertinere hanc legem, licet ibi quis domicilium non habeat . . . Caeterum ad hos pertinebit, qui inhabitant non momenti causa, licet ibi domicilium non habeant.« Man kann also ein Haus auf kurze Zeit bewohnen.

[1]) In Betreff des ersten Punktes sagt Paulus fr. Domicilium. 20. D. ad municip. (50. 1.): »Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione,« Gl. v. facto: »subintellige: et animo; nam haec duo sunt necessaria.« Ueber den zweiten sagt Julianus fr. Ejus, qui. 27. §. 2. D. eod: » . . . ubi domicilium habeat, existimatione animi esse accipiendum.«

[1]) Fr. Pupillus. 239. §. 2. D. de V. S.: » . . . qui in aliqua regione domicilium suum contulit. Nec tantum hi, qui in oppido morantur, incolae sunt.«

Der bloße Besitz oder auch das Eigenthum eines Hauses oder anderer Güter in einer Gegend gibt dort noch kein Domicil [2]). Denn beide gehören nicht zu dessen Wesenheit und machen es noch nicht aus, wenn auch der wirkliche Aufenthalt mit hinzuträte. Es wird erst gewonnen, wenn die Absicht, dort zu bleiben, mit dem faktischen Aufenthalte verbunden ist. So würde, wer gar kein Domicil hätte, ein solches erwerben. Das so erworbene nun würde er nicht durch die bloß faktische Entfernung ohne den Willen, dasselbe ganz aufzugeben, verlieren, da er nur verreis't wäre [3]), auch nicht, wenn er faktisch verbliebe, durch den bloßen Willen, oder die Willenserklärung [4]), sondern erst durch Beides zugleich [5]).

Wer nun schon in einem Bezirke ein Domicil hat, kann ein solches, wie unbestritten ist, auch noch in einem andern oder mehren andern Bezirken gewinnen [6]). Die Sache an sich hat keine Schwierigkeit. Wer irgendwo schon ein Domicil hat, verliert es nicht, wenn er sich auswärts ebenfalls noch eins erwirbt; erwerben aber kann er ein solches, wenn er sich dort mit der Absicht eines bleibenden Aufenthaltes niederläßt. Die

---

C. Est verum. 8. C. de incol.: »Est verum, eos, qui in territorio alicujus civitatis commorantur, velut incolas ad subuenda munera . . . non adstringi.«

[2]) Fr. Libertus. 17. §. 5. D. ad municip.: »Sola ratio possessionis civilibus possessori muneribus injungendis, . . . idonea non est.« §. 13: »Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit.« C. Cum neque. 4. C. de incol.

[3]) C. Cives. 7. in f. C. de incol.: ». . . unde cum profectus est, peregrinari videtur.«

[4]) Fr. Domicilium. 20. D. de municip.: ». . . non nuda contestatione.« §. 6. Not. 1.

[5]) Fr. Ejus, qui. 27. §. 2. D. eod: ». . . si quis domicilio relicto naviget, vel iter faciat, quaerens, quo se conferat, atque ubi constituat: . . . hunc puto sine domicilio esse.«

[6]) Hierüber lehrt Paulus in fr. Labeo indicat. 5. D. eod: »Labeo indicat, eum, qui pluribus locis ex aequo negotiatur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, quod verius est.« Dieser Ansicht tritt Ulpian bei in fr. Adsumptio. 6. §. 2. D. eod. in den Worten: »Viris prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur.« C. Cum quis. 2. pr. de sepult. in 6. (3. 12.): ». . . cum ab eo, qui duo habet domicilia, se collocans aequaliter in utroque.« Gl. c. Ex parte. 15. X. de for. comp. (2. 2.) v. Andegavensi: »Potest enim quis habere domicilium in diversis locis.«

eigentliche Schwierigkeit besteht für Dritte in der Beurtheilung des wirklichen Vorhandenseins eines mehrfachen Domicils.

8. Wenn sich Jemand außer dem Bezirke seines Wohnortes auf einem Landgute zu seiner Erholung, oder zur Besorgung landwirthschaftlicher Arbeiten, der Erndte, der Weinlese und anderer Geschäfte aufhielte, würde durch diesen Zweck schon die Absicht eines bloß vorübergehenden Aufenthaltes zu erkennen geben, und das Urtheil, daß dadurch nicht ein zweites Domicil begründet sei, könnte nicht zweifelhaft sein[1]). Träte hingegen die Absicht nicht so bestimmt hervor und wären die auswärtigen Beschäftigungen nicht so zu bestimmten Zeiten eintretende und als vorübergehend erkannte, so wäre die Gewinnung eines Urtheiles schwieriger. Es müßte durch Abwägung der Umstände ermittelt werden. Und dabei würde nicht die größere, auf die ländlichen Arbeiten verwendete Zeit den Maßstab abgeben können, sondern es müßte das ganze Verhalten als Hausvater erwogen und daraus erkannt werden, wo er sich seinen Wohnsitz dachte. Schlösse er seine Rechtsgeschäfte nicht auf dem Lande, sondern in der Stadt ab, brächte er hier die Festtage zu, benutzte hier die zur Erholung dargebotenen Gelegenheiten, betheiligte sich an den städtischen Vortheilen in Beziehung auf Unterricht, Handel und Gewerbe, und nicht an den ländlichen; so würde ein städtischer Wohnsitz angenommen werden müssen, und nicht ein ländlicher[2]), weil das ganze Verhalten entnehmen ließe, daß der Aufenthalt in der Stadt als ein bleibender, jener auf dem Lande aber nur als ein vorübergehender und der ländlichen Arbeiten wegen gewollt sei.

Ob endlich Jemand an mehren Orten einen Wohnsitz habe, läßt sich aus der getroffenen Einrichtung[3]), auch aus dem gleich star-

[1]) Dieses ist der Fall des c. Is, qui. 3. de sepult. in 6. (3. 12.): »Is, qui, habens domicilium in civitate vel castro, quandoque ad villam ruralem se transfert recreationis causa, vel ut ruralia exerceat in eadem, si . . . decedebat ibidem, non in ecclesia dictae villae, sed in sua parochiali . . . sepeliri debebit.«

[2]) Diesen Fall bespricht Julian in fr. Ejus, qui. 27. §. 1. D. ad municip. (50. 1.): »Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balneo, spectaculis utitur; ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum, fruitur, ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur.«

[3]) Fr. Adsumptio. 6. §. 2. D. eod. §. 7. Not. 6. C. Cum quis. 2. pr. de sepult. in 6. §. 7. Not. 6.

ken Geschäftsbetriebe [4]), und aus dem gleich langen Aufenthalte [5]) abnehmen.

9. Eheliche Kinder sind vermöge ihrer Geburt, origine, Bürger, cives, und als solche [1]) auch Mitglieder der Gemeinde des Vaters. Sie haben ihre Mitgliedschaft durch die Geburt im Sinne von Abstammung, origo, nicht im Sinne von Geborensein, nativitas. Es kann daher auch nicht in Ernst gefragt werden, ob, wer außerhalb der Gemeinde des Vaters geboren wird, auch Bürger dieses Ortes sei. Außerdem heißt es auch, die Kinder würden Bürger, wie der Vater, und nicht, sie würden Bürger ihres Geburtsortes. Uneheliche Kinder folgen in Beziehung auf ihre bürgerlichen Rechte der Mutter, sie werden daher auch Bürger, wie diese [2]). Die Kinder oder die Eingeborenen, originarii, sind in das Verhältniß der Gemeindegliedschaft vermöge ihrer Eigenschaft als Bürger, oder ihrer Civität, gesetzt, die Andern aber sind es vermöge des freiwillig gewonnenen Inkolates. An diesen Unterschied knüpft sich die wichtige Folge, daß der Eingeborene sein Verhältniß nicht freiwillig auflösen konnte [3]; er blieb zu allen Lasten verpflichtet und konnte sich ihnen nicht entziehen [4]). Zwar konnte sich ein Bürger nach Belieben ungehindert auswärts einen Wohnsitz errichten [5]); dann blieb er aber noch als Bürger in dem alten Verbande, war mithin in beiden Orten der Jurisdiktion unterworfen [6]). Die Kinder von Solchen folgten dem Vater in dem Bürgerthum und theilten mit ihm, so lange sie in seiner Gewalt standen, den Wohnsitz. Während der Dauer dieser Gewalt nun konnte der Sohn

---

[4]) Fr. Labeo indicat. 5. D. eod. §. 7. Not. 6.

[5]) Fr. Ejus, qui. 27. §. 2. D. eod: ». . . si quis instructus sit duobus locis aequaliter, neque hic, quam illic, minus frequenter commoretur.«

[1]). Fr. Municipem. 1. §. 2. D. eod: ». . . si ex patre Campano, matre Puteolana, Campanus est.« C. Filios. 3. C. de municipibus. (10. 38.): »Filios apud originem patris, non in materna civitate, etsi ibi nati sint, . . . ad . . . munera posse compelli.«

[2]) Fr. Municipem. 1. §. 2. D. ad municip.: ». . . neque enim debuisse caveri, ut vulgo quaesitus matris conditionem sequeretur: quam enim aliam originem hic habet?« Fr. Ejus, qui. 9. D. eod.

[3]) C. Origine propria. 4. C. de municip. (10. 38.): »Origine propria neminem posse voluntate sua exui, manifestum est.«

[4]) C. Si quis. 5. C. eod.

[5]) Fr. Nihil est impedimento. 31. D. ad mun.

[6]) Fr. Incola. 30. D. eod.

auf das väterliche Inkolat verzichten[7]) und sich auswärts niederlassen[8]), mithin neben seinem Bürgerthum vom Vater auch die Verbindung durch seinen Wohnsitz haben. In das nämliche Verhältniß wäre ein Sohn eines nicht auswärts wohnenden Bürgers durch die Gewinnung eines eigenen Wohnsitzes getreten. Seit dem Aufhören des erwähnten Bürgerzwanges fallen auch dessen Folgen weg; die Kinder haben also von den Eltern das Bürgerrecht mit Einschluß des Wohnsitzes, können hierauf verzichten und sich einen eigenen errichten; sie können indessen auch jenen noch beibehalten. Dann hätten sie deren zwei. Ob sie aber wirklich deren zwei hätten und nicht ein Verzicht auf den ersten anzunehmen sei, müßte aus den Umständen, wie bei Andern, erkannt werden.

10. Sträflinge haben ein unfreiwilliges oder nothwendiges Domicil, dom. necessarium, an dem Orte ihrer Strafe[1]).

11. Die Wohnung des Mannes ist der Wohnsitz der Ehe[1]). Die rechtmäßige Ehefrau hat also ihren Wohnsitz bei dem Manne[2]) und behält ihn, so lange sie Wittwe bleibt[3]). Dasselbe gilt nicht von einem unrechtmäßigen Weibe[4]), auch nicht von einer Braut[5]). Ihren Wohnsitz kann die Ehefrau nicht nach Belieben ändern, und in so fern ist er ein nothwendiger, dom. necessarium. Dieses kann indessen während des Wittwenstandes nicht behauptet werden; ihr muß vielmehr, wenn nicht andere besondere Gründe entgegen stehen, die Freiheit eines Wechsels zugeschrieben werden[6]). Eine Trennung von Tisch und Bett entzieht

---

[7]) Fr. Adsumptio. 6. §. 1. Fr. Libertus. 17. §. 11.

[8]) Fr. Placet etiam. 3. Fr. Non utique. 4. D. eod.

[1]) Fr. Filii. 22. §. 3. D. ad municip. (50. 1.)· »Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet.« Fr. Ejus, qui. 27. §. 3. D. eod.

[1]) Fr. Mulierem. 5. in f. D. de R. N. (23. 2.): »... deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.«

[2]) Fr. Imperatores. 38. §. 3. D. ad munic.: »Item rescripserunt, mulierem, quamdiu nupta est, incolam ejusdem civitatis videri, cujus maritus est.« C. Mulieres. 9. C. de incol.: »Mulieres honore maritorum erigimus . . . et forum ex eorum persona statuimus.« Dieses wird in c. Mulieres. 13. C. de dignitatibus. (12. 1.), doch mit dem Beisatze wiederholt: »et domicilia mutamus.« Fr. Exigere. 65. D. de jud. (5. 1.) C. un. C. de mul. in quo loco. (10. 62.)

[3]) Fr. Filii. 22. § 1. D. ad munic.: »Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet.«

[4]) Fr. De jure omnium. 37. §. 2. D. eod.

[5]) Fr. Ea, quae desponsa. 32. D. eod.

[6]) Thibaut, Syst. des P. R. §. 458.

das Domicil so wenig, als den Rang; wohl aber eine gänzliche Trennung, da sie nur die Auflösung eines Verhältnisses sein kann, welches keine Ehe war, womit denn auch jene Rechte nicht gegeben sein konnten. Durch eine neue Ehe verliert die Wittwe natürlich ihr Domicil wieder, und erlangt das des neuen Mannes [*]).

12. Von Senatoren heißt es, daß sie außer dem ihnen zuständigen Domicil auch das ihrer Würde entsprechende in Rom, dom. dignitatis, besäßen [1]), auch wenn sie die Erlaubniß zu einem beliebigen Aufenthalte, commeatus, erhalten hätten. Dieses doppelte Domicil ist also weder die Folge des frei gewählten Aufenthaltes, noch auch einer Nothwendigkeit um der amtlichen Geschäfte willen, sondern einer speziellen Begünstigung, privilegii. Hieraus darf daher in Beziehung auf andere Beamte kein Schluß gezogen werden; sondern ihr Wohnsitz ist nach den gewöhnlichen Regeln über Erwerbung des Domicils zu beurtheilen. Durch den Aufenthalt an einem Orte zu ihrer Amtsführung haben sie nämlich immer, wenn nicht ein wirkliches, so denn doch ein Quasi-Domicil, wofern ihre Geschäfte nicht an einzelnen und verschiedenen Orten nur kurz vorübergehende sind [2]).

Von den Soldaten konnte nicht im Allgemeinen angenommen werden, daß sie auf ihr heimathliches Domicil mit ihrem Eintritte in den Dienst verzichtet hätten, weil noch bei Vielen die Aussicht und der Wunsch, entweder nach einer bestimmten oder doch unbestimmten Zeit wieder heimzukehren, vorwalten konnte, namentlich bei Solchen, die noch eigenes Vermögen besaßen. Diesen blieb denn natürlich ihr heimathliches Domicil. Andere, die sich für immer anwerben ließen, von denen Manche vermögenlos sein mochten, Viele vielleicht auch ihr Vermögen veräußerten, traten in der Absicht ein, nie wieder heimzukehren. Diese hatten denn ihr Domicil, wo sie in Garnison standen [3]). Und darnach ist das Domicil der Soldaten auch zu beurtheilen, wo nicht ein Anderes gesetzlich feststeht.

Geistliche haben dort ihr Domicil, wo sie ein mit Residenzpflicht verbundenes Beneficium besitzen. Besitzt ein Beneficiat vermöge Dispen-

---

[*]) C. Is, qui. 3. §. 1. de sepult. in 6. (3. 12.)

[1]) Fr. Senatores. 11. D. de senator. (1. 9.) Fr. Filii. 22. §. 5. 6. Fr. Municeps. 23. D. ad munic. C. Senatores. C. de incol.

[2]) Ubaldo Giraldi. Expos. Jur. pont. par II. Sect. 105. §. 6.

[3]) Fr. Municeps. 23. §. 1. D. ad munic.: »Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possideat.«

sation zwei solcher Beneficien in verschiedenen Bezirken, so hat er an beiden Orten Domicil, wenn er sich an beiden gleich lange Zeit aufhält[4]); läßt er sich aber an einem Orte vertreten, so kann er wegen des dortigen Beneficiums nach dem allgemeinen Grundsatze über das forum rei sitae dort, wegen des andern aber an dem Orte desselben vorgeladen werden[5]). Daneben kann er auch noch anderwärts, wie wegen Abstammung, Domicil haben. Ordensleute haben es nur in ihrem Kloster.

13. Wenn nun auch ein längerer Aufenthalt ohne die Absicht, zu bleiben, wie der besprochene ländliche zur Erholung oder des Betriebes gewisser Geschäfte wegen, nicht als Wohnsitzhaben angesehen werden kann, so kann er doch unter Umständen als ein dem Wohnsitze analoges oder ihm ähnliches Verhältniß erscheinen. Ein solches Verhältniß nennt man Quasi-Domicil, Pomponius hat es quasi sedes genannt[1]). Und ihm wird in Beziehung auf Gerichtsbarkeit und Gerichtsstand, forum, gemeinrechtlich die nämliche Wirkung beigelegt, wie dem Domicil[2]). Die Hauptfrage hierbei ist, wann uud unter welchen Umständen ein Quasi-Domicil als wirklich gegeben gelten kann und gelten muß. Ihre Lösung muß sich aus der Betrachtung der Aehnlichkeit mit dem Domicil ergeben. Diese aber kann nur in der beabsichtigten längeren Dauer des Aufenthaltes gefunden werden. Um dieses klarer zu erkennen, wird die Vorlegung der einschlägigen Gesetzesstellen dienlich sein.

Die Hauptstelle ist die eben angeführte von Gajus. Er bespricht die Frage, wo der Mitkontrahent, von dem man bei Abschließung eines Verkaufes wußte, daß er sich alsbald entfernen würde, als beispielsweise ein Reisender zu Land oder zu Wasser, angehalten werden könnte, gerichtlich Rede zu stehen[3]). Daß dieses an seinem Wohnsitze geschehen könnte,

---

[4]) Gl. zu c. un. Extr. Joan. XXII. de praeb. 3. v. vagandi materia. »... Item cum saecularis clericus in pluribus locis domicilium possit habere, ... ubi in dubio praesumitur habere domicilium? Dicas, quod in loco beneficii, ad cujus residentiam tenetur. Regularis autem Praelatus in solo monasterio suo domicilium reputatur habere.«

[5]) Gl. zu c. Quia in tantum. 5. X. de praeb. (3. 5.) v. plures: »... coram uno episcopo convenietur tamen de his, quae ad unam pertinent ecclesiam, sicut convenitur quis ratione possessionis, ubicunque res sit, rei vindicatione, licet non habeat domicilium .... et sic, qui habet duas ecclesias in diversis episcopatibus, utrobique intelligitur habere domicilium.«

[1]) Fr. Pupillus. 239. §. 2. cit. D. de V. S. §. 5. Not. 2.

[2]) Gajus. Fr. Haeres absens. 19. §. 2. D. de jud. (5. 1.)

[3]) Gaj. l. cit.: »... durissimum est, quotquot locis quis navigans, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi. At si quo constitit, non dico jure

war nicht zu bezweifeln; daß man sich aber müsse gefallen lassen, wegen seiner verschiedenen abgeschlossenen Geschäfte an allen Orten, wohin man auf der Reise gelangte, vor Gericht zu erscheinen, erklärte er mit Recht als zu hart. Ein anderes hingegen, meinte er, wäre es, wenn er sich irgendwo niedergelassen hätte, nicht als mit dem Wohnsitzrechte, sondern wenn er ein Wirthshaus, einen Wechslerladen, ein Magazin, eine Fabrik gemiethet, dort Verkäufe gehalten, Geschäfte betrieben hätte: dann müßte er dort sich vertheidigen. Durch einen solchen Aufenthalt gewinnt man also, weil man ja nicht verbleiben will, kein Inkolat und kein Domicil; wohl aber eine Ansässigkeit, durch welche man der örtlichen Gerichtsbarkeit unterworfen wird. Beim Anmiethen der Geschäftslokale nun waltete die Absicht eines längern Aufenthaltes, und zwar eines von unbestimmter Dauer vor. Denn wenn auch nur ein Geschäftsbetrieb mit einem gewissen Vorrathe von Gegenständen angenommen wird, so bliebe dabei doch die Dauer bis zum gänzlichen Absatze ungewiß; es ist aber eher an fortgesetzte Geschäfte in jenen Räumen durch Einkauf und Ausverkauf, mithin an eine überhaupt lange Dauer zu denken. In seinem Falle hat sich Pomponius auswärts Wohnende gedacht, welche im Gebiete einer Stadt ein Landgut besitzen, auf das sie sich wie auf einen Wohnsitz zurückziehen, se recipiant. Die näheren Angaben: „wie auf einen Wohnsitz" und „sich zurückziehen" deuten auf die Absicht eines Aufenthaltes von unbestimmt langer Dauer. Auch der Aufenthalt an einem Orte der Studien wegen, oder wegen eines feindlichen Ueberfalles, führt die Vorstellung einer unbestimmt langen Dauer mit sich. Durch einen solchen Aufenthalt wird man eigentlich Bewohner eines Hauses mit gesetzlichem Schutze[4]), habitator, und einheimisch in dem Bezirke, nicht aber durch einen vorübergehenden, momenti causa. Wegen des Einfalles der Türken hatten Viele im Gebiete von Jerusalem ihre Wohnsitze, perpetua mansio, verlassen und sich zum Aufenthalte nach Akon begeben, ad habitandum, wurden dadurch dort Einwohner, habitatores, und der Juris-

---

domicilii, sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit: defendere se eo loci debebit.«

[4]) Ulpian. fr. Lex Cornelia. 5. §. 5. D. de injur. (47. 10.): ». . . Ego puto ad omnem habitationem . . . pertinere . . ponamus enim studiorum causa Romae agere: Romae utique domicilium non habet . . . . ad hos pertinebit, qui inhabitant non momenti causa.« Durch den längern Aufenthalt der Studien wegen erhält man also kein Domicil, wohl aber eine eigentliche Wohnung, habitatio.

diktion des dasigen Bischofes, wenn auch nicht den Bürgerpflichten, unterworfen [5]). In der Absicht eines unbestimmt langen Aufenthaltes stimmen also alle Andeutungen überein, und darin allein liegt auch der Vergleichungspunkt und die Aehnlichkeit mit dem Domicil. Das Quasidomicil wird also auch, wie das Domicil, sofort mit dem Aufenthalte gewonnen, und es bedarf nicht noch erst eine Zeit dessen Antrittes.

14. Ein so beschaffener Aufenthalt fällt unbestreitbar und anerkannter Maßen [1]) unter den Begriff von Quasidomicil mit jener Wirkung in Beziehung auf das Forum; ob er ihn aber allein ausmache, ob insbesondere das Unbestimmte seiner Dauer wesentlich zum Begriffe gehöre, bleibt noch in Frage. In Beziehung hierauf ist auf der einen Seite unbestritten, daß, wer sich an einem Orte vorübergehend aufhalten will und ihn mit dieser Absicht betritt, dort kein Quasidomicil erwirbt, wenn er sich auch länger dort aufhält, sondern nur ein Fremder und ein Gast bleibt [2]). Andererseits wird behauptet, wer irgendwo Wohnung nähme in der Absicht, den größten Theil eines Jahres, oder auch nur länger, als ein halbes Jahr dort sich aufzuhalten, gewinne Quasidomicil und werde der Gerichtsbarkeit unterworfen [3]). Wer hiernach zur Besorgung

---

[5]) C. Significavit. 5. X. de paroch. (3. 29.): ». . . sibi nullam in praedictos Aconenses habitatores jurisdictionem usurpent . . . dicto vero . . . cogantur de coeteris respondere.«

[1]) Die Glosse zu Clem. Religiosi. 1. de privil. (5. 7.) bemerkt v. Parochialis: »per hoc quoad scholares, mercenarios et his similes intelligi presbyterum, in cujus parochia inhabitant.« Die Glosse zu c. Sciens. 2. C. ubi de crim. ag. oport. (3. 15.) erklärt das »degit« so: »id est, habet domicilium, vel dicit de vagabundo, vel dic, id est, conversatur ut scholaris in scholis, licet domicilium non habeat ante decennium.« Sanch. de matr. lib. 3. disp. 23. n. 12. und viele Andere. Fagnan. lehrt zu c. Significavit. 5. X. de paroch. (3. 39.) n. 31. in f. darüber: »Quae opinio sicuti est magis communis, ita est verior,« und bespricht n. 36. mehre in diesem Sinne ergangene Entscheidungen der s. Congreg. Conc. Ubaldo Giraldi fügt in der eben angeführten Stelle noch über Bened. XIV. bei: »qui idem cum communi dicendum esse ut de contracto a Professore alicujus facultatis, discipulis familisque, licet exteris, cum domicilium, vel quasi domicilium inibi acquirunt, si per aliquod temporis spatium in eodem loco versentur.«

[2]) Reym. sagt hierüber in theol. mor. lib. 5. tr. 6. cap. 10. n. 6.: ». . . Dico animo habitandi: qui enim ad locum pervenit, animo ad breve tempus permanendi, seu subsistendi, quamvis forte praeter opinionem suam diutius ibi morari eum contingat, quia v. g. socios navigationis exspectare cogitur, is non habitator, seu incola, sed peregrinus et hospes censetur.« Dasselbe wiederholt Pirrh. lib. 2. 2. n. 18. in f.

[3]) Laym. sagt theol. mor. lib. 1. par. 4. cap. 12. n. 1.: ». . . Sanchez . . . . arbitratur, opus esse, ut majore anni parte inhabitare velit: sed magis

eines Geschäftes, das er in sieben Monaten beendigen kann, auswärts eine Wohnung miethet, wer in einer Stadt auf länger als sechs Monate, oder für ein Jahr in Dienste tritt, wer sich auf seinem Landgute länger als sechs Monate zur Ausführung nothwendiger Bauten oder zum Verkaufe einzelner Ackerstücke aufhält, erwirbt das Quasidomicil. Mit dieser auf eine bestimmte, wenn auch noch länger, etwa von zwei oder auch zehn Jahren, gedachten Dauer beschränkten Absicht fällt aber alle Analogie mit einer auf immerwährenden Aufenthalt gerichteten Absicht weg, und damit ist der analogen Behandlung alle Berechtigung entzogen. Diese Ansicht kann hiernach nicht als eine begründete gelten, und sie scheint zugleich bedenklich. Die dafür angeführten Gründe rechtfertigen sie auch nicht [4]) und zeigen, daß Unklarheit vorwaltet [5]). Grundloser jedoch ist die Ansicht Einiger, ein Quasidomicil werde auch sowohl durch den größern in einem Bezirke gelegenen Theil der Güter, als durch den häufigen Besuch begründet [6]).

15. Wer nun ein Recht gerichtlich zu suchen hat, muß sich in der Regel an den Richter desjenigen wenden, gegen den er es geltend machen will, da nur dieser über den Angegriffenen richterliche Auktorität hat, vermöge welcher er ihn zu Verhandlungen über die Sache verpflichten und für ihn Recht bestimmen kann [1]). In den meisten Fällen ist dieses

---

placet doctrina Navar ..... non tantum eos, qui tempore, quod prudentis viri arbitrio magnum secundum se videri potest, videlicet amplius medium annum, in oppido moraturi sunt, v. g. scholares in accedemiis, incolas censeri.« Das Nämliche wiederholt Pirrh. l. c.

[4]) Laym. verweiset einfach auf die ausgehobene Stelle des Gajus, ohne ihren Inhalt zu würdigen. Sanchez, auf den er sich beruft, verwechselt die beiden ganz verschiedenen Fälle. Pirrh. führt zuerst c. Sciens. 2. C. ubi de crim. (3. 15.) über die Verfolgung eines Verbrechers an, das also hier nicht anwendbar ist, dann beruft er sich auf die oben ausgehobene Glosse dazu v. degit, die eben so wenig paßt.

[5]) Engel. J. Can. lib. 2. tit. 2. n. 8. sagt: »Istud quasi domicilium ex recepta DD. sententia fundat jurisdictionem fori poenitentialis et facit, ut proprius parochus dicatur ille circa administrationem sacramentorum, in cujus parochia aliquis, v. g. per majorem anni partem, habitat, vel habitare intendit.« Hier ist also dem Quasidomicil eine ganz andere und beschränktere Wirkung beigelegt.

[6]) Pirrh. l. c. n. 19. Das glaubt man in Ernst daraus ableiten zu können, weil es in c. Senatores. 2. C. ubi senat. vel clariss. (3. 24.) heißt, Senatoren könnten wegen Geldforderungen vor Gericht gezogen werden: »ubi majorem bonorum partem possident et assidue versantur;« hat aber nebst Anderm übersehen, daß für den Richter beigesetzt ist: »quoties tamen ad eum nostrae pietatis emanaverit jussio.«

[1]) C. Magisteriae. 6. C. de jurisd. omn. jud. (3. 13.) »... cum ... constet, ... reum, nisi a suo judice, nec exhiberi posse, nec si in culpa

Forum das allgemeine des Domicils, für persönliche, wie dingliche Klagen[2]); in den Ausnahmefällen aber das privilegirte, und so zwar, daß der Verklagte nicht bloß das Gericht ablehnen kann[3]), fori praescriptio, sondern ein Kleriker es auch ablehnen muß[4]). Gegen Andere, die an einem Orte kein wahres, sondern nur ein Quasidomicil haben, gegen fremde Durchreisende[5]), oder gegen Vagabunden[6]), die nirgend ein solches haben, kann der Richter ihres Aufenthaltes angerufen werden.

15. Bei dem Forum des Domicils ist die Unterwürfigkeit der Person unter die Jurisdiktion des Richters in dem Bezirke gedacht; allein diese erstreckt sich, wo keine Ausnahme speziell begründet ist, auch auf die Gegenstände, die sich in dem Bezirke befinden, und bildet in Beziehung auf sie ein sächliches Forum, for. rei sitae[1]). Daher können Real- und possessorische Klagen, abgesehen von dem Wohnorte des Eigenthümers oder des Besitzers[2]), auch vor diesem Forum erhoben werden, ohne aber das Forum des Domicils auszuschließen[3]), und ohne Unterschied, ob es sich um bewegliche, oder unbewegliche Gegenstände handelt[4]), da die Gesetze einen solchen nicht aufstellen. Die Erbschafts-

---

fuerit, coerceri.« C. Actor. 3. C. ubi in rem act. (3. 19.): »Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur.« C. Cum sit generale, 8. X. de for. comp. (2. 2.)

[2]) Fr. Haeres. 19. §. 4. D. de jud. (5. 1.) C. Dilecti. 17. X. de for. comp. (2. 2) für persönliche Forderungen. — Fr. Si res. 10. Fr. Nisi malit. 11. D. de rei vind. (6. 1.) C. un. C. ubi de haered. ag. (3. 20.) C. In rem actio. 1. C. Si actor. 3. C. ubi in rem act. (3. 14.) über Realklagen.

[3]) C. un. C. in quib. caus. (3. 25.): ». . . fori praescriptione valitura.«

[4]) C. Si diligenti. 12. C. Significasti. 18. X. h. t. (2. 2.) C. Saecularis. 2. h. t. in 6. (2. 2.) C. Quoniam. 4. de immun. eccl. in 6. (3. 23.)

[5]) Fr. Haeres. 19. §. 2. D. de jud. (5. 1.)

[6]) Gl. zu Fr. Haeres. 19. §. 2. tit. D. v. debebit. Gl. marg. zu c. Licet. 20. X. h. t. v. aut domicilii: »vagabundus vero ibi dicitur domicilium habere, ubi invenitur.«

[1]) C. Licet. 20. X. h. t.: »Licet ratione delicti, seu contractus, aut domicilii, sive rei, de qua . . . causa movetur, quibus forum regulariter quis sortitur.« C. Sane. 3. X. eod. C. Volentes, 1. pr. de priv. in 6. (5. 7.)

[2]) C. Si quis. 2. C. ubi in rem act. (3. 19.): ». . . possidens . . . debet statim in judicio dominum nominare, qui, sive in eadem civitate, . . . sive in alia provincia sit, . . . actoris intentiones excipiat.«

[3]) C. Actor. 3. C. ubi in rem act. (3. 19.): »Actor rei forum sequitur, sed et in locis, in quibus res . . . constitutae sunt . . .«

[4]) Das kan. Recht hat an dieser Wahl nichts geändert. Das C. Sane 3. X. h. t. schließt die Wahl nicht ausdrücklich aus und enthält nur eine Weisung über eine höhere Delegation; das c. Licet. 20. X. h. t aber stellt beide neben einander, ohne

klage, haereditatis petitio, ist an sich eine Realklage, doch auch zugleich eine gemischt persönliche[5]), in so fern sie auch persönliche Forderungen einschließen kann[6]). In beiden Beziehungen kann sie vor dem Forum des Domicils, doch auch, vermöge ihrer ersten Eigenschaft, an dem Orte, wo sich die Erbschaft, oder doch der größte Theil befindet[7]), geltend gemacht werden; die Besitzeinweisung aber kann von keinem auswärtigen, sondern, nach der Natur des Geschäftes, nur von dem Richter dieses Ortes geschehen, in dessen Bezirk ein anderer solche Handlungen nicht vornehmen kann[8]). Da die Fideicommißklage den nämlichen Charakter hat, so führt sie die nämlichen Rechte mit sich[9]). Dasselbe gilt von den Legaten, wenn sie nicht in bloßen Forderungen bestehen[10]).

17. Ein drittes Forum ist das Contrakts-Forum, for. contractus. Nach dem Ausdrucke kann dabei das Forum gedacht werden, das in einem Vertrage selbst dafür bestimmt worden ist, oder auch das des Ortes, wo der Vertrag zu Stande kommt. Allein unter Contrakt wird hier nicht ein eigentlicher Vertrag und ein getroffenes Uebereinkommen, sondern vielmehr jedes Geschäft und jede Handlung verstanden, woraus eine rechtliche Verpflichtung zu einer Leistung, obligatio, entspringt, in dem Sinne nämlich, in welchem man auch im Allgemeinen sagt, man habe durch ein erlaubtes oder unerlaubtes Handeln eine Verpflichtung eingegangen, oder man habe contrahirt[1]). So umfaßt diese Bezeichnung das Forum für alle Weisen, in welchen Obligationen entspringen können,

---

etwas zu beschränken, und die Glosse lehrt v. contra possessorem: »... et coram illo judice exoruri debet, in cujus jurisdictione res est ... et etiam ubi habet domicilium ... etiam si res sit mobilis .... Quidam tamen dicunt, hoc habere locum tantum in rebus immobilibus.«

[5]) C. Haereditatis. 7. C. de petit. haered. (3. 31.): »... cum mixtae personalis actionis ratio.«

[6]) Fr. Sed et si. 25. §. 18. D. de haered. pet. (5. 3.)

[7]) Fr. Si fideicommissum. 50. pr. Fr. Sed et si. 52. §. 3. 4. D. de jud. (5. 1.)

[8]) C. un. C. ubi de haered. agi. (3. 20.) Dazu bemerkt die Glosse v. degit: »maxime, si ibi degit; nam idem, si ibi non degit, ubi sunt res, quia potest conveniri, ubi sunt res, ad instar mere realis.«

[9]) Fr. Qui ita. 66. §. 4. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Fr. Si fideicommissum. 50. pr. u. §. 2. D. de jud. (5. 1.) C. un. C. ubi fideic. peti oport. (3. 17.)

[10]) Fr. Quod legatur. 38. D. de jud. (5. 1.)

[1]) Fr. Omnem. 20. D. de jud. (5. 1.): »Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videatur.«

die Verträge und Quasi-Verträge, und eben so die Delikte und Quasi-Delikte [2]), und der Grundgedanke ist: wo durch eine dieser Weisen eine Obligation ihre Entstehung hat, dort ist für sie auch ein competentes Forum.

Es liegt eben so nahe, solche Handlungen und ihre Folgen als der örtlichen Gerichtsbarkeit unterworfen zu betrachten, wie physische Rechtsobjekte. Dieser Gedanke wird bei Geschäften, wie Vormundschaft, Curatel, Güterverwaltung, Bankgeschäfte, dadurch begünstigt, daß sie nicht als vorübergehende, sondern als dauernde gedacht werden und in der Regel wenigstens von einiger Dauer sind. Dazu kommt einerseits, daß bei allen Handlungen von rechtlichen Folgen der Verpflichtete, oder auch beide Theile, dort, wo sie vorgenommen werden, dauernd anwesend zu sein pflegen, und daß andererseits sich auch dort am leichtesten die Beweismittel erbringen lassen [3]), und für den Verletzten die Nothwendigkeit, seine Ansprüche an den Verpflichteten auswärts vor dessen Forum geltend zu machen, oft überwiegende Nachtheile haben könnte. Hierdurch kann indessen in Beziehung auf das Forum des Wohnsitzes, das mit der persönlichen Verpflichtung als einer solchen begründet ist, nichts geändert sein. Wegen Verbindlichkeiten dieser Art kann es daher ein doppeltes Forum geben [4]), und zwar nicht blos für die direkten Klagen, actiones directae, des Berechtigten, sondern auch für die gegenüberstehenden, act. contrariae, des Verpflichteten zur Geltendmachung der ihm aus dem Rechtsgeschäfte entsprungenen Forderungen.

18. Zur genauen Bestimmung dieses Forums ist hinsichtlich der **Verträge** zu bemerken, daß es dort constituirt ist, wo der Vertrag in seiner verbindenden Form zum Abschlusse gekommen ist [1]), mithin, wenn zur Gültigkeit schriftliche Abfassung [2]) erforderlich, oder von den Parteien als erforderlich verabredet ist, wo diese erfolgte. Es kann indessen auch

---

[2]) Gl. zu c. Licet. 20. X. h. t. v. contractus: »Hoc nomen contractus largissime sumitur, sive sit verus contractus, vel quasicontractus, vel aliud, unde obligatio oritur.«

[3]) C. Nemo. 2. C. ubi de ration. (3. 21.) Nov. 69. c. 1. §. 1.

[4]) Fr. Haeres. 19. §. 4. D. de jud. (5. 1.): ». . . utrobique posse conveniri.« Fr. Alio loco. 1. pr. Fr. Arbitrium. 2. §. 23. D. de eo, quod cert. loc. (13. 4.)

[1]) Fr. Haeres. 19. §. 1. D. de jud. (5. 1.): ». . . unde obligatio oritur.« §. 2: ». . . si vendidit, . . . disposuit vel comparavit.« Fr. Omnem. 20. D. eod: ». . . ubicunque aliquis obligatur.«

[2]) Wie in c. Contractus. 3. C. de fide instr. (4. 21.)

ein anderer Ort vertragsmäßig als Forum festgesetzt werden [3]). Und als eine solche Festsetzung gilt das Uebereinkommen über den Ort der Erfüllung des Vertrages [4]). Das ist in beiden Fällen das Vertrags-Forum in dem ersten angegebenen Sinne, welches jedoch als forum prorogationis pflegt angesehen zu werden. Ein ähnliches Uebereinkommen müßte auch dann angenommen werden, wenn wissentlich mit einem durchreisenden und sich nur vorübergehend an einem Orte aufhaltenden Fremden ein Geschäft abgeschlossen würde, in dem Sinne nämlich, daß kein Vertragsforum begründet würde [5]).

19. Dieses zweite Forum neben jenem des Domicils ist hiernach als eine gesetzliche Folge des vertragsmäßigen und ihm analogen Nexus zur Begünstigung der Erfüllung der damit gegebenen Verpflichtung anzusehen. Und daraus läßt sich erkennen, daß es nicht auch das zur Auflösung des Nexus geeignete sein kann, sofern sie durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in integrum restitutio, bewirkt werden sollte [1]), doch wohl, sofern das Geschäft selbst den Grund zur Auflösung darbietet [2]). Eben so ferner, daß dieses Forum nicht das geeignete sein kann, wenn der mit dem Vertrage begründete Nexus nicht ein eigentliches aus dem Vertrage entspringendes Rechtsverhältniß ist, wie die eheliche Verbindung. Daher bestimmt nicht der Ort ihrer Abschließung das gesetzliche Forum, sondern das Domicil des Mannes. So ist auch das Verhältniß des Mannes zur Dos nicht ein obligatorisches, sondern mehr das eines Eigenthümers, weshalb denn auch der Ort ihrer Constituirung nicht das Forum für ihre Zurückforderung ist [3]).

20. Ein ähnlicher Unterschied ist gesetzlich bei Quasi-Verträgen dahin aufgestellt, daß nicht das Nämliche für die Verpflichtungen aus einer Vermögensverwaltung, administratio, wie für andere aus dem Geschäfte gilt. So schließt die Tutel zunächst die Verpflichtung für die

---

[3]) In dem angeführten Fr. Haeres. 19. D. de jud. sagt Gajus §. 2. nach den Worten »disposuit vel comparavit,« einschränkend: »nisi alio loco ut defenderet convenit.«

[4]) Fr. Alio loco. 1. D. de eo, quod certo loc. (13. 4.) Fr. Aut ubi. 3. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.): ». . . Contractum . . . eo loco intelligitur, . . . quo solvenda est pecunia.« Fr. Contraxisse. 21. D. de O. et A. (44. 7.) C. un. C. ubi conven. (3. 18.) C. Dilecti. 17. X. h. t.

[5]) Fr. Haeres. 19. §. 2. D. de jud. (5. 1.)

[1]) C. Quoniam ea. 2. C. ubi et ap. quem cogn. in int. rest. ag. (2. 47.)

[2]) Thib. §. 1071. Voet. lib. 4. tit. 1. §. 7.

[3]) Fr. Exigere. 65. D. de jud. (5. 1.)

Person des Pupillen und der Abschließung der rechtlichen Geschäfte für ihn, oder der Zustimmung zu einer solchen Abschließung, wenn er schon älter, infantia major, und dann der Verwaltung seines Vermögens fähig ist, ein, und besteht noch, wenn es auch für eine Verwaltung an Objekten fehlt. Eben so kann ein Curator außer einer Vermögensverwaltung in vielfachen Beziehungen verantwortlich werden. Eine gleiche Bewandtniß hat es mit den übrigen Quasiverträgen, und bei allen ist eine Unterscheidung einer eigentlichen Vermögensverwaltung von andern vertragsmäßigen Handlungen und einzelnen auf das Vermögen sich beziehenden Geschäften möglich. Von beiden Arten der Verpflichtungen gilt nun die obige Regel von dem Vertragsforum, und das Eigene besteht darin, daß für die Vermögensverwaltung nur das Forum des Ortes, wo sie geführt worden ist, und nicht auch das des Wohnortes, das competente ist [1]), so nämlich, daß der Verwalter sich diesem nicht unterwerfen muß.

21. Im kanonischen Rechte sind diese Bestimmungen in so fern beschränkt worden, als ein obligatorisch Verpflichteter nicht mehr vor den Richter einer andern Diöcese gegen seinen Willen gezogen werden kann. Wäre also das Vertragsverhältniß dort entstanden, so wäre gegen den auswärts Wohnenden nur dessen Forum des Domicils anzugehen; nur, wenn er sich in jener Diöcese treffen ließe, könnte gegen ihn vorgegangen werden, oder wenn er dort Vermögen besäße und der Vorladung nicht folgte, könnte in dasselbe eine Besitzeinweisung verordnet werden [2]).

22. Das Deliktsforum, for. delicti, gehört zwar, wie erinnert, unter das Contraktsforum, so weit es sich um Obligationen handelt, doch muß es noch in so fern speciell besprochen werden, als die Handlung

---

[1]) Gajus stellt in Fr. Haeres. 19. §. 1. D. de jud.: »tutelam, curam, negotia, argentariam« andern Verträgen und Quasiverträgen in der fraglichen Beziehung ganz gleich; Papinian aber gibt in Fr. Argentarium. 45. pr. D. eod. den Unterschied so an: »Argentarium, ubi contractum est, conveniri oportet,« so, daß also dem Gläubiger die Wahl nicht mehr gelassen ist. Er fügt auch bei: »Idem in actione tutelae placuit,« und Paulus sagt hierüber in Fr. Neque foemina. 54. §. 1. D. de procur. (5. 3.): »Tutores, qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent,« weil dort ihr Gerichtsstand ist. Die c. Eum, qui. 1. C. ubi de ratiocin. (3. 21.) ist umfassender: »Eum, qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere«; und die c. Nemo. 2. C. eod. macht davon eine Anwendung auf Militair-Verwaltung. Durand. lib. 2. part. 1. de compet. jud. adit. §. 1. n. 29.

[2]) C. Romana. 1. §. 3. h. t. in 6.

eine gesetzlich strafbare sein und als eine solche in gerichtliche Untersuchung gezogen werden kann. Als strafbare Handlung wird aber das Delikt nicht blos an dem Orte, wo es begangen oder doch angefangen wurde, oder wo sich der Verdächtige aufhält, sondern auch, wo er ergriffen worden ist, gerichtlich verfolgt und bestraft [1]). Ist der Beschuldigte flüchtig geworden, so wird er auf ein amtliches Auslieferungsschreiben an den Richter des Aufenthaltsortes zurückverlangt [2]).

23. Daß bei Abschließung eines Vertrages ein besonderes Forum verabredet werden kann, und daß das Forum des Ortes, an welchem vertragsmäßig die Leistung geschehen soll, als das verabredete gilt, ist oben bemerkt. Dadurch kann denn ein Richter, dem weder über eine der betheiligten Personen, noch auch über den Vertrag an sich und über das Vertragsobjekt Jurisdiktion zusteht, dennoch der competente werden, als wäre er es in einer, oder in jeder dieser Beziehungen. Diese Einrichtung erscheint, vom Standpunkte der richterlichen Competenz aus betrachtet, die in einer amtlichen Rechtsbefähigung besteht und in den einzelnen, ihr gesetzlich unterworfenen Fällen eine specielle Amtsbefugniß und Amtspflicht mit sich führt, als eine ganz ungewöhnliche. Erwägt man aber ihr gegenüber Seitens der Parteien, daß der Gerichtsstand für sie nicht lediglich eine rechtliche Nothwendigkeit zur Unterwerfung, sondern auch eine allgemeine Rechtsbegünstigung zur Sicherung ihrer Rechte und zugleich eine spezielle schon in so fern für sie ist, daß sie nicht willkürlich jedem Richter unterworfen werden können, so kann die Einrichtung als eine neue Begünstigung der Rechtsuchenden aufgefaßt werden, indem ihnen die Verzichtleistung auf jene allgemeine freigegeben und die eigene Wahl so gestattet ist, daß durch sie jeder mit amtlicher Rechtsbefähigung ausgestattete Richter für ihre Sache auch ein speziell befugter und verpflichteter wird. Seitens der Parteien könnte dieses Wählen als ein Unterwerfen, subjicere [1]), angesehen werden, in so fern es aber auf die richter-

---

[1]) C. Quaestiones. 1. C. ubi de crim. (3. 15.): »Quaestiones eorum criminum, quae legibus, aut extra ordinem coercentur, ubi commissa, vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere, satis notum est.« Fr. Praeses. 3. in f. D. de off. Praes. (1. 18.) Fr. Si cui crimen. 7. §. 5. Fr. Alterius. 22. D. de accus. (48. 2.) C. Quicunque. 1. C. ubi senat. conv. (3. 24.) C. un. C. ubi de poss. (3. 16.) C. Sciens. 2. C. ubi de crim. (3. 15.) Auth. Qua in provincia. C. eod. C. Postulasti. 14. X. h. t.

[2]) Fr. Solent. 7. D. de custod. reor. (48. 3.) Nov. 134. c. 5.

[1]) Wie in fr. Est receptum. 14. D. de jurisd. (2. 1.) und fr. Si se subjiciant. 1. D. de jud. (5. 1.)

liche Befugniß einwirkt, als ein Erweitern der Jurisdiktion, extendere, statt dessen aber prorogare jurisdictionem[2]) die übliche Bezeichnung wurde, obgleich sie sich eigentlich nur auf eine Erweiterung in der Zeit bezieht[3]).

Eine gleichartige Prorogation bewirkt bei der Abschließung eines Geschäftes der Verzicht auf ein privilegirtes Forum[4]). Auch später noch können die Parteien eine unter ihnen streitig gewordene Sache, statt ihrem competenten Richter, einem andern unterwerfen, der dann mit dieser Unterwerfung Jurisdiktion darüber gewinnt[5]).

Hierbei ist zunächst Seitens des gewählten Richters die Jurisdiktion als ihm nicht über die Personen zuständig vorausgesetzt; allein darauf beschränkt sich dieses Wahlrecht nicht, sondern es erstreckt sich auch auf die Fälle, in denen der streitige Gegenstand nicht zur Competenz jenes Richters gehört. So hatte der kaiserliche Prokurator nur in Fiskalsachen Jurisdiktion[6]), und doch konnten Private ihre Streitfragen seiner Entscheidung mit den nämlichen Rechtswirkungen, wie jener ihres competenten Richters, unterwerfen[7]). In den Provinzialstädten war die Competenz der Magistrate auf eine gewisse Summe beschränkt[8]), ohne die Parteien zu hindern, sie über höhere Beträge entscheiden zu lassen[9]). Eine ähnliche Prorogation kann auf den für einen speziellen anhängigen Fall delegirten Richter, judex datus, so eintreten, daß er mit dem Einverständ-

---

[2]) In c. Cum olim. 32. X. de off. jud. del. (1. 29) heißt es von delegirten Richtern: »... Cum ... nec ad ipsos potuerit jurisdictio prorogari,« über Gegenstände nämlich, die in dem Auftrage nicht mit einbegriffen waren. In c. P. et G. 40. X. eod. wollte ein Dritter sich dem Delegirten in einer andern Sache unterwerfen: »in se tuam jurisdictionem, ut asseris, voluit prorogare.«

[3]) Fr. Consensisse. 2. §. 2. D. de jud. (5. 1.) Fr. Si in lege. 14. pr. D. locat. (19. 2.) Fr. Debitoribus. 31. D. de re jud. (42. 1.)

[4]) Wer vor Gericht Bürgschaft leisten will, muß, wenn ihm ein solches Privilegium zusteht, im voraus erklären, praedicandum ei: »non usurum eum privilegio, si conveniatur,« nach fr. Si fidejussor. 7. pr. D. qui satisd. cog. (2. 8.), das heißt, er mußte darauf verzichten; denn, nach fr. Si quis. 1. in f. D. si quis in jus voc. (2. 5.), »pro non dato fidejussor habetur, nisi suo privilegio specialiter renunciaverit.« C. Si quis. 29. C. de pact. (2. 3.) v. J. 531. C. Si quis. 51. C. de episc. (1. 3.) v. J. 532.

[5]) Fr. Si se subjiciant. 1. D. de jud. (5. 1.): »Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, ... est jurisdictio.«

[6]) C. Procuratori. 1. C. de pedan. jud. (3. 3.)

[7]) C. Non quidem. 1. C. de jurisd. omn. jud. (3. 13.)

[8]) Paul. V. tit. V. a. §. 1.

[9]) Fr. Inter convenientes. 28. D. ad municip. (50. 1.)

nisse der Streitenden auch auf eine höhere Summe erkennen kann [10]). Das bezieht sich aber nur auf die Summe des Streites, kann nicht auch von einer andern höheren Summe, die das Objekt eines andern Streites zwischen den beiden Theilen ausmacht, verstanden werden [11]). Ist dem Delegirten für die Erledigung einer Streitsache eine bestimmte Zeitfrist anberaumt, so hört mit ihrem Ablaufe seine Jurisdiktion auf, doch können sie die Partein ihm verlängern, prorogare [12]), und wenn ihm für seine Thätigkeit ein bestimmter Ort angewiesen ist, so kann er nur mit ihrer Einwilligung seinen Auftrag anderswo erfüllen [13]). Daß ihm die Jurisdiktion über streitige Verhältnisse der ihm zugewiesenen Parteien zu Dritten so wenig, als über andere Streitsachen, außer der ihm vorgelegten, und über fremde Händel [14]) prorogirt werden kann, ist eine mit der Delegation selbst gegebene Beschränkung.

Das durch diese spätere Prorogation gewonnene Forum wird aus einem doppelten Grunde mit Recht ein gewillkürtes genannt. Denn von der Uebertragung der Jurisdiktion ist die freie Einwilligung in die Wahl des Richters so sehr die Grundbedingung, daß sie nur vor sich geht, wenn die Wahl mit der Kenntniß, der gewählte Richter sei nicht der competente, Statt gefunden hat. Ein Irrthum hierin würde, wie die Verwechselung der Person des Richters und Gewaltgebrauch, die Einwilligung [15]) und mit ihr die Prorogation hindern. Es genügt aber, was

---

10) Fr. De qua re. 74. §. 1. D. de jud. (5. 1): »Judex, qui ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat.«

11) Gl. zu c. P. et G. 40. X. de off. jud. del. v. prorogatio nulla. Auf die Frage: »Sed pone, quod partes prorogent jurisdictionem delegati ad res alias, quam in rescripto contineantur, cujusmodi erit illa jurisdictio; eritne delegata vel ordinaria?« entscheidet sie sich für die Antwort: »et est verum, quod talis jurisdictio delegata est; prima enim jurisdictio extenditur ad res alias per consensum partium,« die ordinaria nämlich, und nicht die delegata.

12) Fr. Consensisse. 2. §. 2. D. de jud. (5. 1.) C. De caussis. 4 pr. X. de off. jud. del.

13) C. Statutum. 18. §. 3. de rescr. in 6. (1. 3.) — Ueber die Prorogationen in den angegebenen vier Beziehungen bemerkt die Glosse zu c. P. et G. 40. X. de off. jud. del. v. prorogatio nulla: »... fit enim prorogatio de tempore ad tempus ... item de re ad rem ... item de persona ad personas,« und eben so die Randglosse zu fr. Consensisse. 2. §. 2. D. de jud. (5. 1.), die noch beisetzt: »fit et de loco ad locum.«

14) C. P. et G. 40. X. de off. jud. del.

15) Fr. Consensisse. 2. pr. D. de jud. (5. 1.): »Consensisse autem videntur, qui sciunt, se non esse subjectos ... error ... non habet consensum ...

diese Einwilligung angeht, eine bloße Willensübereinstimmung, consentire, in dem Sinne von Einverstandensein, im Gegensatze von Nichteinwilligen und Widersprechen, und ein Uebereinkommen, convenire, in dem nämlichen Sinne und im Gegensatze zu Widersprechen, dissentire[16]), ohne Absicht, sich zu verpflichten, so, daß auch die thatsächliche Unterwerfung mit der erwähnten Kenntniß eine hinreichende Einwilligung wäre[17]). Ein solches Uebereinkommen selbst ist aber vor der wirklichen Unterwerfung noch widerruflich[18]); wäre es aber auch in der Absicht, sich rechtlich zu verpflichten, getroffen und ein Vertrag, pactum, abgeschlossen worden, so würde dadurch noch keine Prorogation bewirkt sein. Denn es fehlte noch das zweite wichtige Moment der Unterwerfung. Ulpian sagt nämlich[19]): »Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant.« Nach dem neuern Rechte erzeugte freilich das Paktum eine Verpflichtung zu dessen Erfüllung, ohne jedoch schon Jurisdiktion zu übertragen, so, daß über sie selbst nicht schon der gewählte Richter erkennen könnte. Zur Prorogation kommt es also Seitens der Parteien auf ihr Wissen und ihr Einwilligen bei der Unterwerfung, Seitens des Richters hingegen nur auf seine Jurisdiktion, nicht auf sein Wissen und seine Einwilligung, an[20]).

24. Dieses Einwilligen zur Constituirung eines gewillkürten Forums setzt Seitens der Parteien theils das Recht der freien Verfügung über das Objekt des Streites, und theils die freie Wahl in Beziehung auf die richterliche Entscheidung voraus. Wegen Abganges der freien Verfügung kann ein Prokurator die Jurisdiktion des Richters nicht über einen andern Streitpunkt prorogiren, der in seinem Auftrage nicht bezeichnet ist[1]).

---

si ... compulsus est ... nulla jurisdictio est.« Fr. Si per errorem. 15. D. de jurisd. (2. 1.)

[16]) Wie in fr. Juris gentium. 7. §. 19. D. de pact. (2. 14.) das convenire zu dissentire steht.

[17]) Dies ergibt sich aus den Not. 15 angeführten Stellen, und zu c. Quaestiones. 1. C. ubi de vi em (3. 15.) bemerkt die Glosse V. inchoata: »non opposita praescriptione, cum sciret, eum non esse suum judicem.«

[18]) Fr. Si convenerit. 18. D. de jurisd. (2. 1.): »Si . . . prius quam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compellitur ejusmodi conventioni stare.«

[19]) Fr. Si se subjiciant. 1. D. de jud.

[20]) Fr. Convenisse. 2. §. 1. D. de jud.: » . . . sufficit ergo privatorum consensus. Proinde, si . . . Praetor autem ignoret . . . puto . . . ejus esse jurisdictionem.«

[1]) So waren in c. Cum olim. 32. X. de off. jud. del. die Beschädigungen an Wäldern und andern Gegenständen, die erst später entdeckt wurden, in seinem Auftrage nicht angegeben.

Denn die Wahl des Gerichtsstandes kann auf den nachtheiligen Ausgang von Einfluß sein. Schon wegen eben dieses Abganges ist auch in Strafsachen, sowohl durch accusatorisches, als durch inquisitorisches Verfahren, eine Prorogation unzulässig.

Die Wahl der richterlichen Entscheidung ist dadurch mehrfach beschränkt, daß für mehre Streitsachen besondere Gerichte bestellt sind, oder ein gewisser Prozeßgang gesetzlich vorgezeichnet ist. So gehören Lehnsstreitigkeiten vor das Lehnsgericht [2]), wie geistliche Sachen vor das geistliche; die Standesfragen, causae status, dürfen nicht vor einen beliebigen Richter gezogen werden, und für die Apellationen ist der Gang an den höheren Richter, mithin von dem gewillkürten an den ihm übergeordneten, vorgeschrieben, von welchem die Berufung nicht durch die Einwilligung der Streitenden an andere übertragen werden kann. In ihrer Wahl sind aber die Kleriker besonders beschränkt. Nach dem kanonischen Rechte dürfen sie vorerst auf das Privilegium Fori nicht verzichten [3]), sodann sich nicht durch Prorogation der Jurisdiktion ihres Bischofes entziehen [4]). Innerhalb ihres Sprengels können sie zwar, doch nur auf einen geistlichen Richter und mit Erlaubniß ihres Bischofes prorogiren [5]), auch an den Metropoliten dürfen sie es nur mit dieser Erlaubniß [6]).

25. Alle Stellen, die sich auf das Prorogations-Forum beziehen, thun nur von Jurisdiktion im engern und eigentlichen Sinne, als Civil-Gerichtsbarkeit, Meldung. Von Uebertragung des Imperii geschieht nirgend Erwähnung. Objekt der Prorogation können daher nur Civilrechte von Privaten sein. Die Meinung vieler Kanonisten [1]), auch Strafsachen könnten, zwar nicht im inquisitorischen, doch aber im accusatorischen Verfahren prorogirt werden, ist unbegründet. Außer der Meinung ihrer Vorgänger haben sie nur eine einzige Glosse zu einer Stelle über Strafverfahren für sich, die selbst auf der Verwechselung der Civil-Gerichtsbarkeit mit dem Imperium und dem Strafrechte beruht [2]).

---

[2]) C. Ex transmissa. 6. X. h. t.

[3]) C. Si diligenti. 12. X. h. t.

[4]) C. Non liceat. 14. C. 3. Q. 6.

[5]) C. Significasti. 18. X. h. t. Gl. zu c. Inolita. 42. C. 11. Q. 1. v. Pontifice. in f.

[6]) C. Romana. 1. pr. h. t. in 6.

[1]) Zu ihnen gehört auch Fagnani zu c. Significasti. 18. X. h. t. n. 24. 25.

[2]) Sie ist die Glosse zu der §. 22. Not. 1. angeführten c. Quaestiones. 1. C. ubi de crim. (3. 15.) über das Deliktsforum und lautet v. inchoata: »non opposita praescriptione fori, cum sciret, eum non suum judicem esse, ut s. de

Weil es sich bei der Prorogation nur um Civilrechte handelt, so kann sie auch nicht auf einen Criminalrichter geschehen [3]), sondern immer nur auf einen für die Civilgerichtsbarkeit bestellten. Und dieser muß ordentliche Gerichtsbarkeit, jurisd. ordinariam, in dem früher angegebenen Sinne als eine mit dem Amte zuständige besitzen [4]). Daß diese Jurisdiktion der nämlichen Art sei, wie das ihr zu unterwerfende Streitverhältniß, ist nicht erforderlich, wie das angeführte Beispiel von dem kaiserlichen Prokurator zeigt [5]).

26. Viele zur Competenz eines Richters gehörige Rechtsfragen können andere, von ihr ausgeschlossene, vermöge ihrer Verbindung mit ihnen doch derselben unterworfen werden, und kann so für sie vor jenem Richter ein Forum begründet werden, indem jene ohne die Erörterung von diesen nicht erledigt werden können. In einer solchen Verbindung stehen alle Rechte und Thatsachen zu einander, die eine gegenseitige Beziehung haben wie Grund und Begründetes, und wie Ursache und Wirkung. So kann der Besitz auf Eigenthum beruhen. Wird daher das Besitzrecht des Einen von einem Andern auf den Grund seines Eigenthums bestritten, so kann die Besitzfrage ohne die Eigenthumsfrage nicht beantwortet werden. Beide sind nicht bloß mit einander verbunden,

jurisd. omn. jud. l. 1. nam post litem contestatam opponi non potest, ut c. de probatio. l. exceptionem. et i. de exceptio. l. si quis advocatus. Secus, si ignorasset, eum incompetentem, ut i. si non comp. jud. l. fin. Item contingit hoc propter regulam, quae est ff. de jud. l. ubi,« — als bezöge sich das »inchoata« nicht auf crimina, sondern auf »quaestiones,« als gehörte die Bestrafung der crimina nicht zum imperium, sondern zur jurisdictio, und als bezöge sich von den angeführten Stellen auch nur eine einzige nicht auf jurisdictio!

[3]) Fr. Solemus. 61. §. 1. D. de jud. (5. 1.)

[4]) Fr. Si se subjiciant. 1. D. de jud.: »... qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet.« C. Significasti. 18. X. h. t.: » . . . qui jurisdictioni praeesse dignoscitur.« Gl. zu c. P. et G. 40. X. de off. jud. deleg. (1. 29.) v. prorogatio nulla: » . . . hoc intellige, quando ille, in quem partes prorogant, jurisdictionem habeat ordinariam, alias non; quia consensus privatorum eum judicem non facit, qui nulli praeest judicio . . . in delegatum non potest prorogatio fieri . . . . et sic sola ordinaria jurisdictio potest prorogari ad eos, qui sibi subjecti non sunt.«

[5]) C. Non quidem. 1. C. de jurisd. omn. jud. (3. 13.): »Non quidem fuit competens judex procurator noster in lite privatorum; sed cum ipsi eum judicem elegeretis . . . . cum et procurator judicandi potestatem inter certas habeat personas. . . Quod et in aliis similibus judicibus tam in actionem proponentis, quam in exceptionem opponentis persona locum habebit.«

connexae, sondern auch in dem Prozesse untrennbar, dividi non possunt. Gehörte nun zwar der Besitz, doch nicht das Eigenthum, oder nicht Eigenthum der eben gegebenen Art zur Competenz des angegangenen Richters, so müßte, streng genommen, die Vorfrage nach dem Eigenthum vor dem competenten Richter verhandelt und eine Entscheidung darüber erwirkt werden, die in Beziehung auf die Besitzfrage eine vorgängige, praejudicium, wäre. So verhält es sich auch mit den Ansprüchen auf Entschädigung wegen eines Delictes. Dieses gehört als ein solches vor das Criminal-Gericht, das nicht über Entschädigungen als solche erkennt, über jene aber hat der Civilrichter zu entscheiden. An sich und für sich allein betrachtet, ist die Frage nach dem Grunde die wichtigere, principalis [1]), in dem vorgelegten Rechtsstreite ist es aber die nach dem Begründeten, und jene ist nur eine hinzutretende, incidens [2]), Nebenfrage, eine untergeordnete Präjudicial-Frage. Es liegt aber im Interesse des allgemeinen Rechtsschutzes, den Rechtsuchenden auf möglichst kurzem und einfachem Wege zu ihrem Rechte zu verhelfen und die Prozesse eher zu vermindern, als zu vermehren. Daher ist es Regel, daß solche Fragen nicht getrennt und vor verschiedene Richter gebracht werden dürfen [3]). Ueber diese Präjudicialsachen darf aber nur in so fern eine Entscheidung ergehen, als sie die Grundlage zur Gewinnung eines Urtheiles über die Hauptfrage liefert, mithin als Mittel dient, nicht aber um über sie selbst an und für sich zu entscheiden, woher denn auch für Delikte nicht auf ihre Bestrafung erkannt werden kann. Der durch den Zusammenhang, continentia, der Sachen so begründete Gerichtsstand vor dem sonst dafür incompetenten Richter wird das Forum des Zusammenhanges der Sachen, forum continentiae causarum, genannt.

27. Dem Verklagten ist es gestattet, von dem nämlichen Richter

---

[1]) Fr. Cum principalis. 178. D. de R. J.

[2]) C. Adire. 1. C. de ord. jud. (3. 8.): ». . . etsi super status causa cognoscere non possit, pertinet enim ad officium judicis, qui de haereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem . . . examinare.« C. Cum civili. 3. C. eod: »Cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis incidit.«

[3]) C. Nulli. 10. C. de jud. (3. 1.): »Nulli prorsus audientia praebeatur, qui causae continentiam dividit, et . . . id, quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices voluerit ventilare: poena ex officio judicis imminente ei, qui . . . alium super possessione, alium super principali quaestione judicem postulaverit.« C. Adire. 1. C. Cum civili. 3. C. de ord. jud. (3. 8.)

in Civilsachen gegen den Kläger eine Gegenklage [1]), reconventio, und in Strafsachen gegen den Ankläger eine Gegenanklage [2]), reaccusatio, einzubringen. Dadurch wird der Angreifende der Competenz des Richters, wofern er in Sachen der angebrachten Art, wie in geistlichen Sachen, überhaupt Gerichtsbarkeit haben kann, unterworfen, wenn er es auch sonst nicht war, und so ist für ihn in so fern ein neues Forum, das der Gegenklage, forum reconventionis, constituirt. Die Einrichtung findet in der Vereinfachung der Prozesse, wie die besprochene, ihre Rechtfertigung; das Gesetz gibt einen andern Grund in der Gleichstellung des Angreifenden mit dem Angegriffenen durch die Unterwerfung unter den Richter an [3]). Die Unterwerfung enthält zwar noch keinen Verzicht auf ein persönliches Vorrecht, sie bringt aber beide Theile zugleich mit dem Richter in eine Rechtsverbindung in Beziehung auf die Streitsache, in welchem dem Angegriffenen, zumal er überhaupt der rechtlich Begünstigte ist, jedes Mittel zu seiner Vertheidigung unverwehrt bleiben muß, wie auch bei Gegenforderungen aller Art geltend ist [4]).

28. Ob aber dem Richter die Competenz in einer Sache zusteht, darüber hat er selbst und nicht die Partei zu erkennen [1]). Diese muß auf seine Vorladung erscheinen. Die Weigerung wäre eine Verkennung

---

[1]) Fr. Qui non cogitur. 22. D. de jud. (5. 1.): »Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eundem judicem mitti.« C. Cum Papinianus. 14. C. de sent. et interloc. (7. 45.): ». . . liceat judici vel contra actorem ferre sententiam, . . . nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur.« Nov. 96. c. 2. Auth. Et consequenter. C. eod. C. Accusatores. 1. §. 1. 2. C. 3. Q. 8. C. Dispendia. de rescr. in 6. (1. 3.) C. Prudentiam. 2. X. de mut. petit. (2. 4.)

[2]) C. Prius est. 1. C. de his, qui accus. (9. 1.) in C. Prius est. 4. C. 3. Q. 11.

[3]) C. Cum Papinianus. 14. C. de sent. et interloc. (7. 45.): ». . . Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.« C. Prudentiam. 2. X. de mut. pet. (2. 4.): ». . . cum actoris et rei eadem est conditio.«

[4]) Fr. Praeses. 1. §. 15. D. de extraord. cognit. (50. 13.) C. Compensationis. 1. C. rer. amot. (5. 21.)

[1]) Fr. Si quis. 5. D. de jud. (5. 1.): »Si quis ex aliena jurisdictione ad Praetorem vocatur, debet venire . . . . Praetoris est enim aestimare, an sua sit jurisdictio, vocati autem, non contemnere auctoritatem Praetoris.« Fr. Ex quacunque. 2. pr. D. si quis in j. v. (2. 5.): ». . . ad Praetorem, vel alios, qui jurisdictioni praesunt, in jus vocatus, venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio ejus sit.«

der höchsten Gewalt in der richterlichen Auktorität und damit der allgemeinen Rechtsordnung. Denn eben, ob Incompetenz vorhanden, und zwar in der speziellen Sache schützend sei, ist nicht für sich selbst gewiß. Damit ist jedoch die Geltendmachung der Einrede gegen die Competenz nicht ausgeschlossen.

29. Ist ferner eine Sache einmal vor einem competenten Richter anhängig, so muß sie auch vor ihm zum Schlusse geführt werden [1]). Daran kann der Richter so wenig als eine der Parteien einseitig etwas ändern. Eine Folge davon ist, daß der Richter der competente bleibt, und eine andere, daß seine Competenz mit der Veränderung des Gerichtsstandes der Parteien keinen Wechsel erleidet, und die Sache nicht vor einen neuen Richter gebracht wird [2]).

30. Eine weitere Folge davon ist, daß bei concurrirender Gerichtsbarkeit mehrer Gerichte und in gemischten Sachen der zuerst angerufene Richter, sobald die Sache anhängig ist, der speziell competente Richter ist und bleibt. Denn in gemischten Sachen sowohl, als in den Fällen, in denen verschiedene Gerichtsstände bestehen, hat der Kläger die Wahl. Und diese hört mit der Gerichtsanhängigkeit auf [1]). Das so constituirte Forum heißt, wie das durch Rechtsanhängigkeit bestimmte, das for. praeventionis.

---

[1]) Fr. Ubi acceptum. 30. D. de jud. (5. 1.): »Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet.« Fr. Si is. 34. D. eod. C. Nemo. 4. C. de jurisd. omn. jud. (3. 13.)

[2]) Fr. Si quis. 7. D. de jud. (5. 1.): »Si quis, posteaquam in jus vocatus est, miles, vel alterius fori esse coeperit, in ea causa jus revocandi forum non habebit, quasi praeventus.« Fr. Cum quaedam. 19. D. de jurisd. (2. 1.): »Cum quaedam puella . . . ad viri matrimonium alii jurisdictioni subjecti pervenerat.« C. Proposuisti. 19. X. h. t. (2. 2.): ». . . is in praedicta causa jus revocandi forum non habet, quasi ab altero jam praeventus.«

[1]) Fr. Arbitraria. 2. §. 3. D. de eo, quod cert. loc. (13. 4.): ». . . Et generaliter definit Scaevola, petitorem electionem habere, ubi petat, reum, ubi solvat, scilicet ante petitionem.«

Dritter Titel.

Gericht und Instanzen*).

1. Mit der Competenz des Richters ist nicht bloß das Verhältniß der ihr Untergebenen zu ihm in ihrem Gerichtsstande, daß sie vor ihm erscheinen müssen, und zu Andern, daß sie nicht gegen ihren Willen einer andern Competenz unterworfen werden können, sondern es ist auch sein Verhältniß zu ihnen darin gegeben, daß er in den vor ihn gebrachten Sachen, und zwar nach deu geltenden Rechten im Namen der höchsten Auktorität entscheiden muß. In diesen beiden Beziehungen nun handelt er nicht nach seinem individuellen Denken und Wollen und nicht in seiner physischen Persönlichkeit, sondern als Organ der höchsten Gewalt und nach den von ihr ausgegangenen und sanktionirten Normen und als moralische Person. Sie haben vor ihm ihr Gericht, vor dem sie ihr Recht suchen können, und das es ihnen zuerkennen und sichern muß. In diesem Sinne ist Gericht das zur Entscheidung in Rechtssachen constituirte Richteramt, an das wir denken, wenn wir von Anrufung des Gerichtes, von Entscheiden durch das Gericht, von einem Civil- und einem Strafgericht, von geistlichen und weltlichen Gerichten sprechen. Das Wort judicium kennt erst der spätere Sprachgebrauch in diesem Sinne [1]). Seine nächste und eigentliche Bedeutnng ist richterliche Entscheidung, der Spruch, als Ergebniß der richterlichen Thätigkeit durch sein judicare [2]), sein Rechtsprechen in der Streitsache, mithin die von sen-

---

*) De judiciis. X. (2. 1.) — in 6. (2. 1.) — Clem. (2. 1.) — Extrav. com. (2. 1.) — De judiciis. D. (5. 1.) — C. (3. 1.)

[1]) In c. Altero. 8. C. Th. de postul. (2. 10.): »Altero beneficio non solum per forum tuae magnitudinis, sed in universis judiciis valituro,« steht judicium mit forum gleichbedeutend. In c. Si quis. 9. C. Th. de jurisd. (2. 1.): »Si quis. neglectis judicibus ordinariis . . . causam civilem ad militare judicium crediderit deferendam,« ist den judices ordinarii das militare judicium gegenüber gestellt, so, daß dieses als ein Militärgericht in unserm Sinne verstanden werden kann; doch aber bliebe der Gegensatz noch, wenn es als gerichtliche Untersuchung genommen würde.

[2]) Fr. Is, a quo. 57. D. de rei vind. (6. 1.): ». . . si alterutri eorum jussu judicis fundum restituisset, et postea secundum alterum petitorem judicaretur.« Fr. Illud. 1. §. 4. D. quae sent. sine appell. (49. 8.): ». . . secundum sacras constitutiones judicatum . . . prius quam de mea quoque petitione judicetur,

tentia [3]). Da jedem Richterspruch eine Untersuchung vor dem Judex voraufgeht und ihn begründet, so wird es metonymisch häufig auch für diese gebraucht [4]), und eben so ferner für den Ort [5]), wo sie gehalten wird. So groß auch die Verschiedenheit der Dinge ist, die das nämliche Wort bezeichnet, so werden sie doch oft, namentlich bei Aufzählung der üblichen Eintheilungen, mit einander verwechselt.

2. Bei Constituirung eines jeden Gerichtes als eines Richteramtes muß vor Allem der Zweck in Wahrheit gewollt und erstrebt werden. Als erste Forderung ist denn hier aufzustellen, daß das Gericht einerseits eine von allen höheren Einflüssen unabhängige Stellung erhält, daß es nur an den bestehenden Gesetzen Band und Weisung hat, und andererseits in einer so selbstständigen Wirksamkeit gesichert bleibt, daß sie keine andere Folgen haben kann, als welche die Gesetze bestimmen. Ohne Unabhängigkeit und Selbstständigkeit des Richteramtes gibt es keinen beruhigenden und gesicherten Rechtszustand: statt Wahrheit und Recht sind Täuschung und Willkür zu befürchten.

3. Ein ferneres Erforderniß ist eine gesetzlich genau und bestimmt bezeichnete Grenze und Form, in welchen die gerichtliche Gewalt zu wirken hat, das eigentliche gerichtliche Verfahren, das in sich selbst die Gewähr einer objektiven Rechtssicherung trägt, so weit es der menschliche Verstand auffinden kann und die Erfahrungen der Jahrhunderte an die Hand geben. Dadurch, daß das Gericht im Namen der höchsten Gewalt über Recht erkennete, würde es sich zwar von einem selbstgewählten Richter, Schiedsrichter, arbiter, unterscheiden, und seinem Erkenntnisse könnte das Gesetz die Kraft und Wirkung eines unter öffentlicher Auktori-

---

sed magis est, ut appellatio interponatur.« Fr. Praetor. 13. §. 3. D. de vacat. et excus. (59. 5.): » . . . judex . . . si susciperet judicium . . . agnoscendo judicium . . . in alium judicium transferri.«

[3]) Fr. Imperatoris. 2. §. 1. D. de bonis eor. qui ante sent. (48. 21.): » . . . ante sententiam . . . . antequam judicium . . . redditum.«

[4]) Fr. Si feriatis. 6 D. de fer. (2. 12.): »Si feriatis diebus fuerit judicatum, lege cautum est, ne his diebus judicium sit.« Fr. Si pariter. 9. pr. D. de liber. caus. (40. 12.): » . . . Quod si adhuc nondum finito judicio supervenerit, ad eundem judicem mittetur.« Fr. Consensisse. 2. §. 3. D. de jud. (5. 1.): » . . . non debere compelli judicium suscipere.« Fr. Si quis. 8. D. eod: » . . . non cogi eum ibi judicium pati.« Fr. Si legationis. 25. D. eod: » . . . cogetur . . . judicium accipere.« C. Consuluit. 24. X. de off. jud. del. (1. 29.): » . . . Ne vero judicium ecclesiasticum exerceatur in tenebris.«

[5]) Fr. Ne quis. 1. pr. D de fer. (2. 12.) Tit. 2. §. 1. Not. 7.

tät ergangenen allerdings beilegen; allein eine solche Einrichtung würde eine sehr mangelhafte sein und dem Zwecke nicht entsprechen, indem ihr gerade das abginge, was, ihn zu erreichen, geeignet und erforderlich ist. Denn zur sichern Rechtsfindung genügt nicht die Aufstellung eines öffentlichen unabhängigen und selbstständigen Gerichtes mit der allgemeinen Weisung, nach den Gesetzen zu erkennen. Die schwierigste und wichtigste Aufgabe bleibt die Gewinnung der klaren Erkenntniß von dem objektiven Bestande der Verhältnisse, ihre richtige Unterordnung unter das auf sie anwendbare Gesetz und die Bildung und der Ausspruch eines, so weit immer erreichbar ist, objektiv wahren und gerechten Urtheiles. Bei allen diesen Thätigkeiten darf der Richter eben so wenig seinem eigenen Gutdünken, als seinem Gefühle überlassen bleiben, wenn nicht alles Rechtserkennen in ein bloß subjektives ohne alle Gewähr für das eigentliche Recht übergehen soll; sondern es müssen ihm bestimmte Weisen und Wege gesetzlich vorgezeichnet sein, in und auf welchen er die Wahrheit zu suchen und auszusprechen hat, so, daß seine eigene Ueberzeugung und ihr Ausdruck das Ergebniß eines objektiven gesetzlichen Verfahrens ist. Den Mitgliedern der Gesellschaft, die ihr Recht suchen, ist es nicht um dasjenige zu thun, was ein anderes Mitglied für Recht hält, sondern was ihnen die Gesetze als solches zusichern. Und dafür bedürfen sie die beruhigende Gewähr, die ihnen die persönlichen Eigenschaften des Richters nicht liefern, wenn nicht seine Handlungen schon sofort von Ermittelung des Thatbestandes an bis zur Beweisführung und zur endlichen Entscheidung nach festen gesetzlichen Normen vor sich gehen.

4. Außerdem zeigt die Erfahrung von Jahrhunderten das leicht begreifliche Bedürfniß der Einrichtung, daß, wer mit dem ergangenen Richterspruche unzufrieden ist, einen neuen Richter anrufen kann. Auch bei dem rechtlichsten Willen sichert kein Gerichtsverfahren den Menschen gegen objektive Rechtsverletzung durch Versehen oder Irrthum [1]). Zudem kennt jeder Betheiligte sein Verhältniß unmittelbarer und klarer, als das eines Andern, und wird davon mit einer Lebhaftigkeit angesprochen, die ihn sein Recht überschätzen und fremdes leicht verkennen läßt. Und eben diese Ueberzeugung von seinem Rechte ist für ihn ein Gut, für das er gern Opfer bringt, was ihm nicht verwehrt werden darf. Es ist daher die Möglichkeit wiederholter Prüfungen durch andere Gerichte, oder

[1]) Ulpian. fr. Appellandi usus. 1. pr. D. de appell. (41. 1.): » . . . cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat, licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet.«

durch sonst andere Rechtsmittel den Rechtsuchenden nicht zu verschließen. In der Regel geschieht diese Prüfung durch einen andern angerufenen Richter, und zwar nach Herkommen und Gesetz durch den zunächst höheren. Diesen Gang nennt man den Instanzenzug, da die Verhandlungen eines jeden Gerichtes über eine Sache als Instanz angesehen werden.

5. Die Gerichte können die Einrichtung erhalten, daß die Jurisdiktion in die Hände eines Einzelnen, oder aber Mehrer, die eine Körperschaft, collegium, bilden, gelegt ist. Außer diesem eigentlichen Richter ist oft die Hülfe von noch mehrern andern Personen erforderlich; indessen ist an jedem, auch dem einfachsten Gerichte ein Gerichtschreiber, oder Protokollführer, Aktuar, scriba, secretarius, unerläßlich. Denn die schriftliche Aufnahme wichtiger gerichtlicher Verhandlungen ist zu ihrer zuverlässigen Nachweise für die Rechtsuchenden selbst und für Alle, die zu dem gerichtlichen Ergebnisse in Beziehung kommen können, nicht zu umgehen. Als zuverlässig gelten sie aber nur dann, wenn sie von zwei glaubhaften Zeugen, oder von einem amtlich dafür bestellten Ausfertiger ausgehen [1]). Zur Sicherheit des Rechtes leistet der Richter den richterlichen Amtseid, daß er nach Wahrheit und nach den Gesetzen entscheiden wolle, juram. judiciale [2]). In ähnlicher Weise schwört der Aktuar, daß er sein Amt treu erfüllen wolle, wodurch denn seine Ausfertigungen amtliche Glaubwürdigkeit erlangen [3]).

Das Gericht besteht mithin aus einem rechtmäßig bestellten, mit Jurisdiktion ausgerüsteten und vereideten Richter uebst einem amtlich Beauftragten und vereideten Aktuar.

---

[1]) C. Quoniam. 11. X. de probat. (2. 19.): » . . . tam in ordinario judicio, quam extraordinario, judex semper adhibeat aut publicam, si potest habere, personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant.« C. Cum a nobis. 28. X. de test. (2. 20.): » . . . districtius inhibemus, ne unius judicis, quantaecumque fuerit auctoritatis, verbo credatur.«

[2]) C. Rem non novam. 14. C. de jud. (3. 1.): » . . . nisi prius sacramentum praestitissent, omni modo sese cum veritate et legum observatione judicium esse dispensaturos. . . . Omnes judices, sive majores, sive minores . . . Et hoc quidem judiciale juramentum omnibus notum sit . . . . et ab omnibus judicibus observandum.« Cfr. c. Sancimus. 6. C. ad leg. Jul. repetund. (9. 27.) in c. Sancimus. 26. C. G. Q. 7. Nov. 8. c. 7. Nov. 15. c. 1. §. 1.

[3]) C. Ad audientiam. 13. X. de praescript. (2. 26.): » . . . nec credentes, ipsum scriniarium, cum juratus sit, officium suum fideliter exequi, aliud scripsisse, quam a testibus ceretur.« Gl. zu c. Quoniam. 11. X. de prob. (2. 19.) v. duos viros.

6. Je nach der Verschiedenheit der Gesichtspunkte, von denen aus sie betrachtet werden, können die Gerichte verschieden eingetheilt und benannt werden. Die wichtigsten sind gelegentlich schon erwähnt worden. Dazu gehören die geistlichen und weltlichen, die Civil- und die Strafgerichte; insbesondere sind hier noch zu erwähnen die höheren, die mittleren und die niederen Gerichte nach dem Range ihrer Unterordnung je nach dem Maße der ihnen zugewiesenen Jurisdiktion [1]), wie es auch höhere und niedere Magistrate gab. Zu den niedern Gerichten gehörten die der officiales foranei und der Archidiakonen, von welchen letzteren die Berufung an das bischöfliche Gericht ging [2]); die bischöflichen und erzbischöflichen Officialate bilden, wie nachgewiesen, kein besonderes, von dem des Bischofes oder Erzbischofes verschiedenes Gericht, es kann daher von ihm nicht an dieses appellirt werden, und an dieser Ordnung vermag kein Gewohnheitsrecht etwas zu ändern [3]). Von dem Bischofe geht die Berufung an den Metropoliten [4]), von diesem an den Apostolischen Stuhl. Ein Zwischenglied war früher das Gericht des Patriarchen [5]).

Vierter Titel.

Gerichtliche Personen.

1. An jedem Gerichte ist der Richter die Hauptperson, und darüber ist hier die erste Frage, wer Richter sein, oder genauer, wer Jurisdiktion durch Delegation sowohl, als mit einem Amte überkommen kann, sodann was an dem Richter, außer der Competenz, zur gültigen und zur pflichtmäßigen Ausübung seiner Obliegenheit erforderlich ist.

---

1) C. Potioris. 5. C. de off. rector. prov. (1. 40.): »Potioris gradus judicibus ab inferioribus competens reverentia tribuatur.« Nov. 23. c. 3: ». . . Cum enim vetustatis auctoritas ita magistratus digessent, ut alii majores, alii medii, alii minores sint, et appellationes a minoribus judicibus non solum ad maximos judices remitterentur.«

2) C. Romana. 3. §. 1. de appell. in 6. (2. 15.) Tit. 1. §. 15. Not. 2.

3) C. Non putamus. 2. de consuet. in 6. (1. 4.)

4) C. Dilecti. 66. X. de appell. (2. 28.) C. Romana. 3. §. 3. eod. in 6. (2. 15.)

5) C. Si quis. 7. C. Placuit. 9. C. 2. Q. 6. C. Si inter. 3. C. 6. Q. 4.

Die Ausübung der richterlichen Gewalt setzt natürliche und gesetzliche Beschaffenheiten und Thatsachen an der Person oder außer ihr voraus, deren Mangel sie davon ausschließt und sie dazu unfähig macht.

Zu dem natürlichen gehören eine geistige und eine physische Befähigung.

Bleibend Wahnsinnige sind geistig zum Urtheilen unfähig. Was ein Richter in diesem Zustande verrichtete, könnte nicht als gültig angesehen, einem solchen also auch eine richterliche Verrichtung nicht übertragen werden [1]). Unmündigen kann die zu gerichtlichen Handlungen erforderliche natürliche Reife des Denkens nicht beigelegt werden [2]); gesetzlich sind auch die Mündigen, wenn sie nicht über achtzehn Jahre alt sind, dazu absolut unfähig [3]); und diese Unfähigkeit kann an einem delegirten Richter auch nicht mit Zustimmung der Parteien gedeckt werden. Ueber dieses Alter von achtzehn Jahren hinaus bis zum zwanzigsten Jahre kann Jemand nur mit Zustimmung der Parteien zum Richter bestellt werden [4]). In einem Alter von achtzehn Jahren und darunter kann die Bestellung eines Mündigen nur von der höchsten Gewalt ausgehen [5]). Mit dem vollendeten zwanzigsten Jahre ist die Bestellung nicht beschränkt [6]).

---

[1]) Fr. Nec mandante. 8. §. 1. D. de tutor. et cur. (26. 5.): »Si Praetor vel Praeses provinciae in furore, aut dementia constitutus dederit tutorem, non puto valere.« Fr. Cum furiosus. 39. pr. Fr. Judex datus. 46. D. de jud. (5. 1.)

[2]) Fr. Cum Praetor. 12. §. 2. D. de jud. (5. 1.): »Non autem omnes judices dari possunt, . . . ut . . . furiosus et impubes, quia judicio carent.«

[3]) Fr. Quidam. 57. D. de re jud. (42. 1.): »Quidam consulebat, an valeret sententia a minore 25 annis judice data. Et aequissimum est, tueri sententiam, nisi minor decem et octo annis sit.«

[4]) Fr. Quidam. 57. cit. D. eod: » . . . Et si forte ex consensu judex minor datus sit scientibus his, qui in eum consentiebant, rectissime dicitur, valere sententiam.« Gl. zu c. Cum vicesimum. 41. de off. et pot. jud. del. (1. 29.) v. aetatem eandem: » . . . si vero sit minor XX annis, non tenet delegatio, nisi partibus consentientibus in eum, qui sit major XVIII. annis.«

[5]) C. Cum vicesimum. 41. X. eod: » . . . constituto infra eandem aetatem, nisi partes scienter consentirent in eum, qui annum XVIII. transscendisset, facta delegatio ab alio, quam a principe, non teneret.« Gl. v. aetatem eandem: » . . . nisi esset datus a principe; minor XVIII annis ab alio quam a principe dari non potest judex.«

[6]) C. Cum vicesimum. pr. X. eod: »Cum vicesimum annum peregeris, dari potuisti in aetate hujosmodi delegatus.« Gl. in cas: »Nota, quod XX. annus debet esse completus in eo, qui datur judex ab alio, quam a principe.«

Da die gerichtlichen Verhandlungen wenigstens in einigen Haupttheilen mündlich vor sich gehen, so sind Taube und Stumme physisch zu deren Leitung unfähig[7]), was von Blinden nicht gesagt werden kann[8]).

Von den gesetzlichen Erfordernissen ist die persönliche Rechtsfähigkeit zum Besitze und zur Ausübung der Jurisdiktion die allgemeinste und wichtigste. Wer im römischen Staate die volle Civität nicht hatte, besaß nicht das Aemterrecht, jus honorum, konnte somit auch kein Amt mit Jurisdiktion über römische Bürger erhalten.

Hieraus ergab sich, daß Sklaven kein Richteramt erhalten und keine richterliche Handlungen ausüben konnten[9]). Noch einleuchtender ist, daß, wer nicht zur Kirche im Allgemeinen und insbesondere nicht zur regierenden Kirche gehört, der Jurisdiktion in ihr unfähig ist[10]) und nicht competenter Richter werden kann[11]).

Die Frauenzimmer konnten, ungeachtet ihrer Civität, nicht zu öffentlichen Aemtern und amtlichen Handlungen, insbesondere auch nicht zu richterlichen gelangen[12]). — In der Kirche sind sie der Aufnahme in den geistlichen Stand, status clericalis, und damit der Uebernahme aller Handlungen, die ihn voraussetzen, ganz unfähig, weßhalb ihnen nicht allein das öffentliche Lehren[13]), sondern auch jeglicher kirchliche Dienst untersagt ist[14]). In der Kirche erlangten die Abtissinnen zwar eine gewisse kirchliche Jurisdiktion, da sie aber für den Empfang der Weihen

---

[7]) Fr. Cum Praetor. 12. §. 2. D. de jud. (5. 1.): »... quidam enim lege impediuntur, ne judices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus.« Bei Grat. zu c. Infamis. 1. C. 3. Q. 7.

[8]) Fr. Caecus. 6. D. de jud. (5. 1.): »Caecus judicandi officio fungitur.«

[9]) Fr. Cum Praetor. 12. §. 2. D. de jud. Not. 7: »... impediuntur .... Moribus foeminae et servi, non, quia non habent judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.«

[10]) Tit. 1. §. 7.

[11]) C. At si clerici. 4. X. de jud. (2. 1.): »At si clerici coram saeculari judice ... confessi de crimine ... Sicut enim sententia a non suo judice lata non tenet, ita et facta confessio.«

[12]) Not. 9. Fr. Hunc titulum. 1. §. 5. D. de postul. (3. 1.): »... ne virilibus officiis fungantur mulieres.« Fr. Foeminae. 2. pr. D. de R. J. (50. 17.): »Foeminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere.«

[13]) C. Mulier. 29. D. 23.

[14]) C. Sacratas. 25. D. ead. C. Mulierem. 17. C. 33. Q. 5: »Mulierem ...tat ... nullam auctoritatem habere: nec docere enim potest, ... neque ...care: quanto magis non potest imperare?«

unfähig blieben[15]), so konnten sie nie das kirchliche Imperium und die eigentliche Jurisdiktion, sondern nur eine nachgebildete, eine analoge überkommen. Als Vorsteherinnen mußte ihnen über alle Angehörige des Klosters eine entsprechende Disciplinargewalt zustehen, die an sich und in ihren Aeußerungen durch Strafverfügungen Aehnlichkeit mit der Jurisdiktion und mit kirchlichen Strafen hatte[16]), ohne jedoch Ausfluß der kirchlichen Binde- und Lösegewalt, und kirchliche Jurisdiktion zu sein. So konnte denn eine Strafe unter der Benennung von Suspension verhängt werden, die jedoch keine kanonische Suspension, keine Censur war, daher auch ihre Nichtbeachtung die Irregularität nicht nach sich zog.

Die nämliche Folge hat die Infamie, die faktische, inf. facti, sowohl, als die rechtliche, inf. juris, ferner das eigentliche Exil und die Deportation, in der Kirche die Excommunication und die Suspension, wie in der Lehre über die Strafen nachzuweisen ist[17]).

2. Hier schließt sich die Frage an, was von der Gültigkeit der Handlungen zu halten sei, wenn derjenige, welcher Jurisdiktions-Handlungen setzt, an einem jener Mängel leidet, ohne daß es den Betheiligten bekannt ist. Der Fall ist im römischen Rechte besprochen, und seine Lösung gab die Grundlage zur kanonischen Beantwortung der Frage.

Der flüchtig gewordene Sklave Barbarius Philippus gelangte in Rom zur Prätur, und da sein Stand erst nach Beendigung seiner Amtsführung bekannt wurde, erhob sich die Frage nach der Gültigkeit der vor ihm und durch ihn vollzogenen Geschäfte. Die Entscheidung fiel für ihre Gültigkeit aus, und zwar theils aus billigen Rücksichten auf das Interesse der Betheiligten, theils auch und vorzüglich aus dem Grunde, daß die Gewalt ihm vom Volke, als dem Inhaber der höchsten Gewalt, ausgegangen war, welches sie auch einem Sklaven hätte übertragen und, wenn es dessen Stand gekannt, ihn in Freiheit setzen können, was um so mehr dem Kaiser zustehe[1]).

---

[15]) C. Dilecti. 4. X. de arbit. (1. 43.) C. Nova. 10. X. de poenit. (5. 38.) Gl. v. praedicare.

[16]) C. Dilecta. 12. X. de M. et O. (1. 33.): »Dilecta . . . abatissa . . . cum ipsa plerumque canonicas suas et clericos suae jurisdictioni subjectos . . . officio beneficioque suspendat.« Gl. v. jurisdictioni: » . . . Dicas, quod Abatissa habet jurisdictionem talem qualem, non ita plenam, sicut vir habet . . . . Et potest dici, quod nec ab officio potest suspendere, nec interdicere, quia et hoc pertinet ad claves.»

[17]) Th. 2. B. 2. Tit. 1. §§. 4. 5. 6. Tit. 4. §§. 6. 11. 13. Tit. 6. §. 14.

[1]) Ulp. Fr. Barbarius Philippus. 3. D. de off. Praetor. (1. 14.): » . . . videamus, si servus, quamdiu latuit in dignitate praetoria, functus sit, quid

Hierbei walteten vier wichtige Thatumstände ob. Der eine war, daß des Sklaven Rechtsunfähigkeit unbekannt geblieben war, der andere, daß er das Amt auf gesetzlichem Wege durch den rechtmäßigen Verleiher überkommen und in dieser Verleihung den rechtlichen Grund, titulus, zu dessen Besitz und Führung hatte, der dritte war, daß es sich um einen Mangel handelte, den der Amtsverleiher heben konnte, und der vierte endlich, daß die verliehene Amtsgewalt selbst ganz und so in den Händen des Verleihers lag, daß er sie auch, jenes Mangels ungeachtet, hätte übertragen können. Unter diesen Umständen hätte also der Inhaber der höchsten Gewalt auch alle die vorgenommenen Handlungen genehmigen und ihnen so Rechtsbeständigkeit geben können. Dazu hätte ihm die billige Berücksichtigung der Vortheile und Nachtheile seiner betheiligten Untergebenen einen wichtigen Beweggrund abgeben können. Dieser Beweggrund ist aber von so großer Wichtigkeit und er trifft zugleich mit den Zwecken eben seiner Gewalt so sehr zusammen, daß angenommen werden muß, er genehmige schon von vorn herein alle unter solchen Umständen gesetzte Handlungen als zu Recht bestehend. Und daher konnte und mußte die Rechtsansicht sich dahin entscheiden und in Geltung bleiben [2]).

Gehen wir die einzelnen Umstände mit gleichzeitigem Hinblicke auf die kirchlichen Verhältnisse durch, so ist vorerst nicht aus dem Auge zu lassen, daß es sich nur um Jurisdiktionshandlungen, nicht um gültige Verwaltung der Sakramente vermöge der Weihe, functiones ordinis, die keines Menschen Hand unterworfen sind, also insbesondere nicht um einen wesentlichen Mangel an der Form und der Materie der Sakramente, handelt. Die Jurisdiktion aber konnte nach

---

dicemus? Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? An fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio jure? Et verum puto, nihil eorum reprobari. Hoc enim humanius est, cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem; sed et si scivisset servum esse, liberum eum fecisset. Quod jus multo magis in Imperatore observandum est.«

[2]) Die Geltung in der Kirche bezeugt Gratian zu c. Infamis. 1. C. 3. Q. 7., wo er lehrt: »Verumtamen, si servus, dum putaretur liber, ex delegatione sententiam dixit, quamvis postea in servitutem depulsus sit, sententia ab eo dicta, rei judicatae firmitatem tenet.« Die Glosse ferner bemerkt zu c. Ad probandum. 4. X. de sent. et re jud. (2. 27.), unter Hinweisung auf diese Stelle Gratians und jene Ulpians, in Betreff eines Excommunicirten v. innodatus: » . . . unde cum communi opinione liber et absolutus habeatur et credatur, quidquid interim facit, valet.«

ganz freier Bestimmung der höchsten Gewalt Einem übertragen, oder beschränkt werden, wie die Kirche die ihrige überträgt oder beschränkt. Der vorgefundene Mangel ferner konnte ganz von derselben höchsten Gewalt gehoben werden, wie sein Vorhandensein als Hinderniß nur ein Erzeugniß von ihr selbst war: und so kann auch die Kirche alle von ihrer Gesetzgebung selbst geschaffenen Hindernisse ebenfalls stillschweigend heben, oder als gehoben gelten lassen. Mängel aber, die nicht solche Erzeugnisse ihrer Gesetzgebung sind, sondern im Abgange einer durch göttliche Anordnung als nothwendig geforderten Bedingung oder Eigenschaft bestehen, gehen über ihre Gewalt und können durch sie nie gehoben werden. Einem kanonisch Irregulären, oder dem sonst eine Kirchenvorschrift entgegen steht, kann sie ihre Jurisdiktion mit stillschweigender Beseitigung des Hindernisses übertragen, einem Ungetauften und einem Frauenzimmer aber nicht, wie auch nicht diejenige an einen Laien, welche den Empfang der Priesterweihe voraussetzt, weil diese Erfordernisse nicht auf kirchlichen, sondern auf göttlichen Vorschriften beruhen. Das ist in beiden Beziehungen der Sinn des Satzes: die Kirche ergänzt den Mangel, eccles. supplet defectum.

Die Amtsverleihung ferner war von dem dazu gesetzlich Berechtigten ausgegangen. Wäre sie das nicht gewesen, so hätte sie nicht für eine Handlung der höchsten Gewalt gelten und hätte an ihr nichts erst ergänzt werden können, sondern sie selbst hätte aufs Neue ganz gesetzt, oder als ganz gesetzt behandelt werden müssen, wozu in ihrem Verhältnisse zu jener Gewalt, als mit ihr gar nicht in Verbindung stehend, kein Grund vorhanden war, und welche neue Setzung als für das Ganze gefährlich hätte gemißbilligt werden müssen. Von dem Berechtigten ausgegangen gab die Verleihung den Rechtsgrund zum Amte ab; sie selbst aber litt wegen des Mangels im Subjekte an einem Gebrechen, sie war nicht in sich, sondern nur in ihrer äußern Erscheinung ein Rechtstitel, tit. coloratus. Ein solcher wäre sie auch noch gewesen, wenn sich ihr Gebrechen nicht von dem Subjekte, sondern anderswoher abgeleitet hätte, wie bei kirchlichen Amtsverleihungen durch heimliche Bestechung der dabei Einwirkenden vorkommen kann. Endlich hatten diejenigen, welche der Jurisdiktion unterworfene Handlungen vor dem Prätor vornahmen, von dem Gebrechen der Amtsverleihung keine Kenntniß. Eine solche würde sie, wenn sie im Besitze der Beweismittel gewesen wären, zur Aufdeckung verpflichtet, oder sie selbst zu Urhebern der Nachtheile für sich gemacht haben, denen zu entgehen, zunächst ihre Aufgabe war, und bei Allen, denen die Kenntniß hätte nachgewiesen werden kön-

nen, würde die billige Berücksichtigung kein Grund zur nachträglichen Ergänzung gewesen sein. Die Ergänzung tritt also nur bei vorhandenem Scheintitel und im Falle der Unkenntniß von dem Gebrechen ein.

3. Die ganze Lehre von der Richtergewalt geht von der Annahme aus, daß ihr Inhaber eine von den Rechtsuchenden verschiedene, bei dem Rechtsstreite nicht selbst betheiligte Partei, sondern über derselben frei stehende Person sei [1]). Diese Verschiedenheit gehört wesentlich mit zum Begriffe von Richter. Es ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß ein gerechter Mann als Richter auch zu seinem eigenen Nachtheile entscheiden werde; dagegen kann dieses nicht von jedem Menschen behauptet werden. Consequenz und Rechtssicherheit machen es unerläßlich, daß Niemand in eigener und in der Sache der Frau, der Kinder und der Hausgenossen Richter sein kann [2]). Wie Einer nicht Kläger und Richter, so kann er auch nicht Ankläger und Richter zugleich sein [3]). Ein anders ergangenes Urtheil darf nicht lediglich als ein verdächtiges angreifbar sein, sondern es muß als ein an sich unhaltbares gelten [4]).

4. Die besprochenen Thatumstände sind zur gültigen Amtsführung unerläßliche Erfordernisse; zu einer pflichtmäßigen Amtsführung muß der Richter noch persönliche Eigenschaften besitzen, wie sie sich aus dem Berufe selbst ergeben: vor Allem, nämlich die nothwendige Rechtskenntniß und unerschütterliche Gerechtigkeitsliebe.

Die Aufgabe des Richters ist nicht, nach seinem Dafürhalten, nach subjektiver Ansicht oder Ueberzeugung, sondern nach den Gesetzen und geltenden Rechtsnormen Recht zu finden und zu erkennen [1]). Bei ihm wird

---

[1]) C. Forus. 10. X. de V. S. (5. 40.): » . . . In omni quoque judicio hae personae quaeruntur: judex, accusator, reus et tres testes.«

[2]) Fr. Qui jurisdictioni. 10. D. de jurisd. (2. 1.): »Qui jurisdictioni praeest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis vel ceteris, quos secum habet.« C. un. C. ne quis in sua causa. (3. 5.): » . . . in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae.« C. Quotiens. 3. §. 2. in f. C. ubi senatores. (3. 24.) Daher die Entscheidung in c. A collatione. 11. de appell. in 6. (2. 15.)

[3]) Not. 1. C. Multi. 18. §. 1. C. 2. Q. 1. S. August: » . . . Quis enim sibi utrumque audeat assumere, ut cuiquam ipse sit et accusator et judex.« C. Nullus unquam. 1. C. Nullus introducatur. 2. C. 4. Q. 4.

[4]) Fr. Julianus ait. 17. D. de jud. (5. 1.): » . . . si alter ex litigatoribus judicem solum haeredem, vel ex parte fecerit, alius judex necessario sumendus est; quia iniquum est, aliquem suae rei iudicem fieri.»

[1]) pr. J. de off. jud. (4. 17.): » . . . Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus

also ihre Kenntniß erwartet [2]), und in der Sache, worüber er zu entscheiden hat, wenigstens eine aus praktischer Fachübung [3]). Gehen sie ihm ab, so muß er sich Aushülfe durch Andere verschaffen [4]). Wichtiger, als diese Kenntnisse, die sich ersetzen lassen, sind die unersetzlichen moralischen Eigenschaften, und unter diesen vor allen eine entschiedene und feste Gerechtigkeitliebe, daß er nicht nach persönlichen Regungen oder Wünschen strenger, oder milder, sondern nach der Sache urtheilt [5]), sich eben so wenig erhitzen, als erweichen läßt [6]), keine Rücksicht auf Personen nimmt [7]), und Bestechungen unzugänglich ist [8]).

5. Der Mangel dieser Eigenschaften kann auf die Erkenntnisse den Einfluß haben, daß sie aus Unkenntniß oder aus Ungerechtigkeit den Gesetzen nach Form und Inhalt nicht entsprechen und ungültig sind, oder daß sie die Rechte der Parteien verletzen und ungerecht sind. Diese Gefährdung macht Schutzmittel auch dem Richter persönlich gegenüber nothwendig. Das eine davon ist die Verantwortlichkeit des Richters für seine Erkenntnisse. Das Nähere hierüber gehört in die Lehre von der Ersatzpflicht durch Quasidelikte. Ein zweites ist das Recht, den ver-

---

proditum est.« C. In istis. 3. D. 4. S. August: »In istis temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas.«

[2]) Nov. 82. praef: » . . . Non enim existimavimus, oportere habere judicum quorundam nomina, maxime legum ineruditorum, deinde neque causarum habentium experimentum.«

[3]) C. Certi juris est. 17. C. de jud. (3. 1.) C. Periniquum. 7. C. de jurisd. (3. 13.)

[4]) C. Statutum. 11. pr. de rescript. in 6. (1. 3.)

[5]) Fr. Perspiciendum est. 11. pr. D. de poenis. (48. 19.): »Perspiciendum est judicanti, ne quid durius, aut remissius constituatur, quam causa deposcit: nec enim aut severitas, aut clementiae gloria affectanda est.« C. Judicet. 4. §. 1. C. 3. Q. 7. S. August: »Bonus judex nihil ex arbitrio suo facit et domesticae proposito voluntatis, sed juxta leges et jura pronuntiat, statutis juris obtemperat, non indulget propriae voluntati.« C. Forus. 10. X. de V. S. (5. 40.): » . . . Non est ergo judex, si non est in eo justitia.« C. Quicunque. 79. C. 11. Q. 3.

[6]) Fr. Observandum est. 19. §. 1. D. de off. Praesid. (1. 18.): »Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum illacrymari oportet.« C. Cum P. 7. X. de purg. can. (5. 34.) C. Cum aeterni. 1. de sent. et re jud. in 6. (2. 14.)

[7]) C. In judiciis. 12. de R. J. in 6. (5. 12.)

[8]) C. Qui recte judicat. 66. in f. C. 11. Q. 3: » . . . Acceptio nummorum praevaricatio veritatis est.«

dächtigen Richter abzulehnen, recusare, für dessen Besprechung hier die Stelle ist.

6. Die Rekusation des Richters kann nicht beliebig, sondern nur aus gerechten und gesetzlich anerkannten Gründen Statt finden [1]). Da ihr Zweck ist, die Rechtsuchenden gegen ein gefürchtetes, ihnen ungerechtes Urtheil zu sichern, so können die aus der Unkenntniß sowohl, als aus Umständen, die eine minder gerechte Untersuchung befürchten lassen, abgeleiteten Gründe geltend gemacht werden. Die Gesetze erwähnen indessen nur solche, welche die Gerechtigkeit verdächtigen können, weil die Bestellung eines gesetzlich gehörig unterrichteten Richters vorausgesetzt wird. Die meisten sind die nämlichen, welche theilweise die Glaubwürdigkeit der Zeugen schwächen können, und beziehen sich auf Verhältnisse, in denen eine Vorliebe oder eine Abneigung gegen den einen oder den andern Theil vermuthet werden kann; andere betreffen das Interesse, das der Richter unmittelbar oder mittelbar an dem Rechtsstreite haben kann.

Die Verwandtschaft und die Familienverhältnisse in der oben [2]) angegebenen Nähe machen den Richter in der Sache unfähig, die entferntere Verwandtschaft hingegen, und zwar bis zum vierten Grade, ist nur ein Ablehnungsgrund [3]). Da hierbei die Zuneigung als Beweggrund vorausgesetzt wird, so kann die Verwandtschaft unter Umständen auch noch bis zum siebenten Grade als verdächtigend erscheinen [4]). Die nämliche Voraussetzung waltet auch bei Verschwägerten, wenigstens in den näheren Graden, ob [5]). Wäre die Verwandtschaft oder die Ver-

---

[1]) C. Omnes. 12. C. de jud. (3. 1.): »... Quod si et juste recusare videbitur.« C. Si contra. 4. de off. jud. del. in 6. (1. 14.): »... si suspicionis causa legitima proponatur.«

[2]) §. 3. Not. 2.

[3]) Fr. Postremo. 36. X. de appell. (2. 28.): »... qui consanguineus sit illius, qui litteras impetravit, aut in eodem negotio advocati officio functus, vel alia (quacunque) justa causa suspectus, hujusmodi delegatus non immerito poterit recusari, quamvis accusatione remota fuerit ei negotium delegatum.« C. Accedens. 4. X. ut lite non contest. (2. 6.)

[4]) Gl. zu c. Postremo. 36. cit. X. de app. v. consanguineus: »... posset dici, quod ultra quartum gradum non possit recusari ut suspectus: sed certe honestius reputo, quod in superioribus adhuc repellatur, quia semper affectio et dilectio prima remanet.«

[5]) Gl. zu c. Accedens. 4. X. ut lite non cont. (2. 6.) v. linea consanguinitatis: »... idem esset, si esset affinis.« Gl. zu c. Accedens. 2. X. eod. v. subesse: »... Idem videtur, si esset affinis.«

schwägerung des Richters mit den streitenden Theilen gleich nahe, so könnte sie für sich allein nicht gegen ihn vorgeschützt werden[6]).

Diesen Verbindungen ist die vertrauliche Freundschaft[7]), die Tischgenossenschaft[8]), und die Mitgliedschaft einer Corporation[9]) in diesem Punkte gleich, da die Hausgenossenschaft den Richter unfähig machen würde[10]).

Wie den Zeugen, so verdächtigt die Feindschaft auch den Richter[11]), doch braucht sie nicht, wie bei jenem, eine schwere zu sein[12]).

Wer in einer Sache Advokat gewesen ist, kann als Richter darüber abgelehnt werden[13]); auch kann ein Richter, von welchem gegen ein Urtheil Appell ergriffen worden ist, so lange diese schwebt, in jeder andern Civilklage oder Strafsache als verdächtig verbeten werden[14]). Ist ferner von ihm in einer Sache appellirt worden, so kann er in nachher anhängigen Sachen, wenn er als verdächtig abgelehnt wird, die Partei nicht zwingen, sich vor ihm einzulassen[15]), Fälle eines schweren und

---

6) Gl. zu c. Postremo. 36. X. de appell. (2. 28.) v. consanguineus: ». . . Quid, si judex aequaliter esset consanguineus utriusque? Tunc par affectionis causa suspicionem removet.«

7) C. Insinuante. 25. X. de off. del. (1. 29.): ». . . idem episcopus dictum R. in familiarem admisit.« Gl. v. familiarem: ». . . sed modica familiaritas non nocet.«

8) C. Accedens. 4. X. ut lit. non cont. (2. 6.): ». . . quod . . . archidiaconus ejus sit clericus commensalis.«

9) C. Cum R. 35. X. de off. jud. del. (1. 29.): ». . . exceptis canonicis, cum sint ejus socii.«

10) §. 3. Not. 2.

11) C. Quod suspecti. 15. §. 2. C. 3. Q. 5: ». . . Quod si Athanasius a patriarcha suo depositus, quia de inimicitia ipsius conquestus est, iterato ad judicium renovandum dirigitur, . . . Ignatius . . . minime debuit ecclesia propria, inimicis et suspectis judicibus decernentibus, exspoliari.«

12) Gl. zu c. Accedens. 2. X. ut lit. non cont. (2. 6.) v. subesse: ». . . licet ex istis causis repellatur judex a judicando, non tamen repellitur testis a testificando.« Gl. zu c. Cum R. 35. X. de off. jud. del. (1. 29.) v. cum sint ejus socii: ». . . Unde facilius repellitur judex, quam testis. Judex enim recusatur pro modica causa.«

13) C. Postremo. 36. X. de appell. (2. 29.) Not. 3. Fr. Praetor. 17. D. de jurisd. (2. 1.)

14) C. Ad haec. 6. X. de appell.

15) C. Proposuit nobis. 24. X. eod: ». . . quia illi omnino suspectus est, eum non debet ad respondendum super aliis compellere, nisi pro crimine adeo gravi et manifesto, quo ipso actu merito sit damnandus.«

offenbaren Verbrechens ausgenommen[16]). Einen Verdachtsgrund gibt ferner der Umstand ab, daß der Richter eine beinahe gleiche Streitsache hat[17]).

Das Verhältniß der Abhängigkeit zu einem der streitenden Theile würde den Richter in einer entgegengesetzten Richtung als interessirt verdächtigen können, wie das eines Untergebenen zum Landesherrn[18]), des Vasallen zu seinem Lehnsherrn[19]), des Suffraganbischofes zu seinem Erzbischofe[20]), eines untergeordneten Beamten zu seinem Vorgesetzten[21]).

7. Der Verdächtigungsgrund muß dem verdächtigten Richter vor der Einlassung in die Sache, da die Rekusation dilatorischer Natur ist[1]), schriftlich[2]) vorgetragen werden[3]). Später wird er nicht mehr berücksichtigt, wenn er nicht erst später eingetreten[4]), oder dem Ablehnenden nicht früher bekannt war, was dieser durch einen Eid erhärtet[5]).

---

[16]) C. Praeterea. 22. X. eod: ». . . eos appellatio non debet in sua nequitia tueri.«

[17]) C. Caussam. 18. X. de jud. (2. 1.): ». . . cum eundem archidiaconum similis pene caussa contingat.«

[18]) C. Caussam. 17. X. de off. jud. del.: ». . . habebat suspectum pro eo, quod dominus est praedicti R. (delegati). C. Accedens. 4. X. ut lit. non cont: ». . . quod . . . omnes sub districtu existant comitis memorati.«

[19]) Gl. zu c. Caussam. 17. X. de off. jud. del. v. dominus.

[20]) C. Accedens. 2. X. ut lit. non cont: ». . . cum manifestum esset, duos praedictorum judicum ... eidem archiepiscopo tanquam suffraganeos suo metropolitano subesse.«

[21]) C. Insinuante. 25. X. de off. jud. del: ». . . quod alter ipsorum conjudicum officialis est episcopi supradicti.« — Diese Gründe hat die Glosse zu c. Cum R. 35 X. de off. jud. del. in folgenden Versen zusammengestellt:

»Subjectus, dominus et commensalis amicus,
Incola, canonicus, ac attingens, inimicus,
Si causam similem delegatus tueatur,
Vel si patronus fuit olim, tunc moveatur.«

[1]) C. Inter monasterium. 20. X. de sent. et re jud. (2. 27.): ». . . quas etiam, tanquam dilatorias ante litis ingressum opponere debuissent.«

[2]) C. Apertissimi. 16. C. de jud. (3. 1.): ». . . antequam lis inchoetur, eum recusare, ut ad alium curratur, libello recusationis ei porrecto.« C. Quoniam. 11. de probat. (2. 19.) Gl. zu c. Secundo. 41. §. 1 X. de appell. (2. 28.) v. coram eodem.

[3]) C. Secundo. 41. §. 1. X. eod: ». . . suspicionis causam coram eodem allegare tenetur.« C. Cum speciali. 61. X. eod.

[4]) C: Insinuante. 25. X. de off. jud. del: ». . . ante sententiae calculum idem episcopus dictum R. in familiarem admisit.«

[5]) C. Pastoralis. 4. X. de except. (2. 25.): ». . . fidem faciat juramento, se postmodum ad illius notitiam pervenisse.«

Die Prüfung des Grundes [6]) und die Entscheidung in der Sache kann nicht dem Richter selbst zustehen, wenn nicht der angegebene Grund ein offenbar gesuchter und werthloser, frivolus, ist; er bestellt vielmehr gemeinschaftlich mit der Partei einen oder mehre Schiedsrichter, arbitri, oder überläßt die Wahl den beiden Parteien [7]). Können sich diese Schiedsrichter und die Parteien über die Wahl und die Frage nicht einigen, so bestimmt ihnen der Richter einen Termin, nach dessen Ablauf er in der Hauptfrage vorschreitet [8]). Ebenso geht er, wenn der Beweis nicht geführt ist, in der Sache ohne Rücksicht auf weitere Einreden vor [9]). Die gegen den Official vorgebrachten Einreden prüft dessen Bischof selbst, wie die gegen den bischöflichen Delegirten [10]).

Wird die Rekusation als begründet anerkannt, so überträgt der Richter die Sache mit Zustimmung des Rekusanten einem andern, oder er übersendet sie dem höheren Richter [11]). Der apostolische Delegat kann seinen Auftrag vor Einbringung der Rekusation ganz subdelegiren, nach ihr aber nicht [12]).

8. Neben dem Richter ist der Gerichtsschreiber, scriba, eine Hauptperson des Gerichtes [1]). Er wird nach der schriftlichen Aufnahme der Gerichtsverhandlungen so genannt [2]), heißt auch nach den amtlichen Schriftstücken, acta [3]), actuarius, und von den Abkürzungszeichen, notae, deren sich die Gerichtsschreiber [4]) und andere Schnellschreiber [5]) bedienten,

---

[6]) Gl. zu c. Cum speciali. 61. X. de appell. v. justae suspicionis.

[7]) C. Apertissimi. 16. C. Cum specialis. 18. C. de jud. (3. 1.) C. Suspicionis causa. 39. X. de off. jud. del. (1. 19.) C. Licet. 10. in f. X. de for. comp. (2. 2.)

[8]) C. Legitima. 2. de appell. in 6. (2. 15)

[9]) C. Secundo. 41. C. Cum speciali. 61. X. de appell.

[10]) C. Si contra. 4. in f. de off. jud. del. in 6. (1. 14.)

[11]) C. Cum speciali. 62. X. de appell. (2. 28.)

[12]) C. Judex. 5. de off. del. in 6. — Der in der deutschen Praxis statt der Prüfung der Gründe auch zulässige Verwerfungs- oder Prohorrescenz-Eid, juram. perhorrescentiae, nach Analogie des c. Statuimus. 11. §. 1. de rescr. in 6. (1. 3.) ist im kanonischen Prozesse nicht üblich.

[1]) 3. Tit. §. 5.

[2]) C. Cum sit. 6. C. de magistr. consen. (5 75.) Nov. 94. in epil.

[3]) C. Is, apud quem. 2. C. de edendo. (2. 1.): ». . . acta publica, tam civilia, quam criminalia.« Fr. In fraudem. 45. §. 4. 5. D. de jure fisc. (49. 14.)

[4]) Fr. Inter eos. 33. §. 2. D. ex quib. caus. maj. (4. 6.): »Eos, qui notis scribunt acta Praesidum.«

[5]) Fr. Lucius. 40. pr. D. de test. mil. (29. 1.): »Lucius Titius miles notario testamentum scribendum notis dictavit.«

notarius. Als Gerichtsperson ist er verschieden von den mit öffentlicher Auktorität zur Abfassung von Urkunden bestellten Beamten, die früher tabelliones [6]), auch pragmatici [7]) hießen. Als Vorsteher der Gerichtskanzelei, scrinium [8]), kann er auch scriniarius genannt werden, üblicher ist später die von dem Lokale, in welchem der Richter zu Gericht saß, secretarium, secretum [9]), entnommene Benennung secretarius geworden.

9. Bei den Gerichten sind auch noch andere Personen theils zur Unterstützung des Richters und zur Ausführung von Handlungen, die er nicht selbst vornehmen kann, und theils im Interesse der Parteien angestellt.

Zur Erleichterung und zur Aushülfe in einzelnen Geschäften pflegen dem Richter Räthe oder Beisitzer, consiliarii, assessores, beigegeben zu werden [1]), welche nach den Aufträgen zu Zeugenverhören u. s. w., die sie oft erhalten, auch Auditoren genannt werden [2]). Sie haben selbst keine Jurisdiktion, als die ihnen delegirte [3]), und außerdem höchstens berathende Stimme, wofür sie verantwortlich sind [4]). Wird ihnen Jurisdiktion delegirt, so müssen sie ebenfalls den richterlichen Eid leisten.

Für Vorladungen, Bekanntmachungen und andere ähnliche Dienste werden Gerichtsdiener, Gerichtsboten, apparitores [5]), cursores [6]),

---

[6]) C. Jubemus. 14. §. 3. C. de sacros. eccl. (1. 2.)

[7]) Fr. Moris est. 8. §. 4. D. de poen. (48. 19.)

[8]) C. Omnium. 19. C. de test. (6. 23.)

[9]) C. Judex. 2. C. de off. rect. prov. (1. 7.): »Judex . . . non in secessu domus . . . sententiam ferat, sed apertis secretarii foribus, intro vocatis omnibus, . . . controversias audiat.« C. Nullum. 14. C. de test. (4. 20.): »judicantis intrare secretum.«

[1]) Fr. Omne officium. 1. Fr. Consiliarii. 5. D. de assess. (1. 22.) C. Praesides. 2. C. Consiliarios. 3. C. de assess. (1. 51.)

[2]) C. Super quaestionum. 27. §. 1. X. de off. jud. deleg. (1. 29.): » . . . ab ipso tanquam ab auditore provocari non potest.« §. 2. 3. ibid.

[3]) C. Super quaestionum. 27. cit. und Gl. v. auditor. Nov. 60. C. 2. Nov. 82. praef.

[4]) Fr. Hoc edicto. 2. D. quod quisq. jur. in alt. stat. (2. 2.)

[5]) Cicero zählt Verr. III. 78. §. 181. 182. den scriba zu den apparitores. – Fr. Divus. 3. pr. D. de fugit. (11 4.) Fr. Si pignora. 50. D. de evict. (21. 2.) C. Nullus. 3. C. de divers. off. (12. 60.)

[6]) C. Hac sanctione. 10. C. eod: » . . . ceterorum judicum officia . . . officia virorum magistratuum . . . invitatorum . . . et cursorum.«

viatores[7]), exsecutores[8]), angenommen. Diese Gehülfen und Diener machen das officium[9]) oder die apparitio[10]) des Gerichtes aus. Sie stehen in öffentlichem Dienste, welcher Zuverlässigkeit für das Gericht und für Alle, die vor ihm ihren Gerichtsstand haben, erheischt, und werden ebenfalls sämmtlich in Eid genommen.

10. Da nicht alle Rechtsuchende auch rechtskundig und mit den Geschäften vor Gericht bekannt sein können, so ist für sie die Fürsorge nothwendig, daß sie einen zuverlässigen Rechtsbeistand, also unter öffentlicher Auktorität, finden können, wenn sie dessen bedürfen. Dafür sind an gehörig organisirten Gerichten von ausgedehntem Wirkungskreise die Advokaten bestellt. Sie haben den Parteien, die es verlangen, Rechtsaufschlüsse zu ertheilen, für sie die gerichtlichen Anträge zu stellen, postulare, den Gang des Rechtsstreites zu ihrem Besten zu leiten und ihre Rechte mit allen ihnen zu Gebote stehenden und erlaubten Mitteln, in Straffachen und bei Accusationen sowohl, als in Civilstreitigkeiten, zu vertheidigen. Ihre Aufgabe als Streiter für das Recht der Unterthanen[1]) ist daher von einer Wichtigkeit, daß sie die Aufmerksamkeit der höchsten Gewalt in ähnlicher Weise, wie die des Richters, in Anspruch nimmt, sie mithin nicht unbedingt Jedem überlassen werden darf.

Sie werden nach ihrem Berufe Rechtsbeistände, advocati, Fürsprecher, patroni, Vertheidiger, defensores, genannt, als solche bei den Gerichten aufgenommen und in eine Matrikel eingetragen[2]), begleiten ein öffentliches Amt[3]) und bilden eine mit Privilegien begünstigte Körper-

---

[7]) Fr. Magis puto. 5. §. 13. D. de reb. eor. q. s. tut. (27. 9.) Fr. Is, cui. 5. §. 27. D. ut in poss. legat. (36. 4.): ». . . per viatorem aut per officialem . . . introducendus est in possessionem.«

[8]) C. Exsecutores. 7. C. quae res pign. obl. poss. (8. 17.) C. de exsecut. (12. 61.)

[9]) C. 12. tit. 54. sqq.

[10]) Fr. Non est. 23. §. 3. D. quod met. caus. (4. 2.)

[1]) C. Advocati. 14. in f. C. de adv. divers. judicior. (2. 7.): ». . . Militant namque causarum patroni, qui . . . laborantium spem, vitam et posteros defendant.«

[2]) C. Petitionem. 13. C. de adv. (2. 7.) C. Suggestionem. 1. C. de adv. diver. judicum. (2. 8.)

[3]) C. Sancimus. 6. C. de adv. (2. 7.): ». . . advocationis exercent officium.« C. Ex parte tua. 2. X. de postul. (1. 37.): ». . . advocati officium exercere.«

schaft[4]). Nur Rechtskundige werden zugelassen[5]). Sie leisten den Eid, „ihren Clienten den ihnen möglichen Beistand leisten, wissentlich keine ungerechte oder auf unwahren Angaben fußende Sache vertheidigen, sondern sie, sobald sie es entdeckten, aufgeben zu wollen“[6]). In der nämlichen Sache dürfen sie nicht Advokat und Richter oder Schiedsrichter sein[7]), müssen die einmal übernommene bis zum Schlusse durchführen[8]) und sie mit Rechtsgründen, nicht mit Angriffen auf Andere vertheidigen[9]). Irrthümer in thatsächlichen Angaben schaden den Parteien nur, wenn sie anwesend waren und nicht binnen drei Tagen widersprechen[10]); doch können sie noch vor dem Spruche berichtigt werden[11]), später aber nur durch Appellation oder ein anderes Rechtsmittel[12]). Rechtsirrthümer deckt der Richter auf[13]). Sie dürfen ein angemessenes Honorar, das jedoch der Richter nöthigen Falles ermäßigen kann, annehmen[14]), sich aber keinen Theil am Prozesse ausbedingen[15]). Dienen sie beiden Parteien mit Verrath ihrer Sache, so machen sie sich der Prävarikation schuldig[16]).

11. Wer seine oder seiner Angehörigen Sache nicht selbst vor Gericht verhandeln kann oder will, kann sich vom Richter einen Advokaten des Gerichtes ausbitten[1]), oder es wird Einer von Amtswegen be-

---

[4]) C. Nemo. 8. C. de postul. (2. 6.): ». . . togatorum consortium.« C. Ne quis. 3. C. de adv. (2. 7.): ». . . corpus togatorum.« C. Nemini. 11. C. eod: ». . . consortium advocatorum.« C. Nemo. 8. C. de adv. div. jud. (2. 8.): ». . . togatorum collegium.«

[5]) C. Jubemus. 3. §. 4. C. Petitiones. 5. §. 4. C. de adv. div. jud. (2. 8.)

[6]) C. Rem non novam. 14. §. 1. C. de jud. (3. 1.)

[7]) C. Quisquis. 6. pr. C. de postul. (2. 6.)

[8]) C. Properandum. 13. §. 9. C. de jud.

[9]) C. Quisquis. 6. §. 1. C. de post.

[10]) C. Sententiis. 3. C. de error. adv. (2. 10.)

[11]) C. Errores. 2. C. eod. C. Error facti. 7. C. de jur. et fact. ign. (1. 18.) C. Ex parte. 3. X. de conf. (2. 18.)

[12]) C. Sententia. 3. C. de err. adv. (2. 10.)

[13]) C. un. C. ut quae des. adv. (2. 11.)

[14]) Fr. Praeses. 1. §. 10. 12. D. de extraor. cogn. (50. 13.)

[15]) C. Si qui. 5. C. Quisquis. 6. §. 2. C. de postul. (2. 6.) C. Non sane. 15. §. 1. C. 14. Q. 5. C. Non licet. 71. C. 11. Q. 3. C. Infames. 2. §. 8. 10. 11. C. 4. Q. 7.

[16]) Fr. Praevaricator est. 1. §. 1. D. de praevar. (47. 15.) Fr. Praevaricatores. 212. D. de V. S. (50. 16.)

[1]) Fr. Nec quisquam. 9. §. 5. D. de off. Procon. (1. 11.): »Advocatos quoque petentibus debebit indulgere.«

stellt[2]). Bei ihrer Wahl ist jedoch die Partei durch kein Gesetz auf die bei einem Gerichte angenommenen Advokaten beschränkt. Wie Seitens der Advokaten, so wird auch Seitens desjenigen, der für sich oder für die Seinigen die Verhandlungen vor Gericht übernimmt, die Fähigkeit dazu in so fern vorausgesetzt, daß er gesetzlich nicht davon ausgeschlossen sein darf. Das gerichtliche Verhandeln heißt technisch »postulare« [3]), und die gesetzliche Fähigkeit dazu »postulandi facultas« [4]).

Ausgeschlossen sind aber vom Postuliren für sich sowohl, als für Andere, ganz Taube, Stumme[5]), Rasende und Schwachsinnige[6]), denen erklärte Verschwender gleich gestellt sind[7]), ferner alle, die noch nicht das siebenzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben[8]).

Für Andere dürfen nicht postuliren: Blinde[9]), Frauenzimmer[10]), auch nicht für ihre Kinder[11]), zuweilen jedoch für die Eltern[12]), namentlich Klosterfrauen[13]), faktisch, wie rechtlich Ehrlose[14]), die vom Postuliren Suspendirten[15]), Akatholiken[16]) und Excommunicirte[17]).

---

[2]) Fr. Nec quicquam. 9. §. 5. D. de off. Procon: ». . . si nemo sit, qui petat, ultro eis dare debebit.« Fr. Hunc titulum. 1. §. 4. D. de postul. (3. 1.) C. Providendum. 7. pr. C. de postul. (2. 6.) C. Ex litteris. 1. X. de off. jud. (1. 32.)

[3]) Fr. Hunc titulum. 1. §. 2. D. de postul. (3. 1.), in c. Infames. 2. §. 1. C. 3. Q. 7.

[4]) Fr. Hunc titulum. 1. §. 7. D. eod.

[5]) Fr. id. §. 3. D. eod. in c. Infames. 2. §. 2. C. ead.

[6]) Fr. Fatuo. 2. D. eod. Fr. Furioso. 9. D. de re jud. (42. 1.) Fr. Ubi. 124. §. 1. D. de R. J. (50. 17.)

[7]) Fr. Furiosi. 40. D. de R. J. Fr. Lege. 1. pr. D. de curat. (27. 10).

[8]) Fr. Hunc titulum. 1. §. 3. D. de postul. in c. Infames. 2. §. 2. C. 3. Q. 7.

[9]) Fr. id §. 5. D. eod. in c. Infames. 2. §. 2. C. ead.

[10]) Fr. id. §. 5. D. eod. in c. Infames. 2. §. 2. C. ead.

[11]) C. Alienam. 18. C. de procurat. (2. 13.)

[12]) Fr. Foeminas. 41. D. de procur. (3. 3.)

[13]) C. un. §. 3. de stat. regul. in 6. (3. 16.)

[14]) Fr. Hunc titulum. 1. §. 5. 6. 8. D. de postul. in c. Infames. 2. pr. §. 2. §. 20. C. cit.

[15]) Fr. Quos prohibet. 7. D. eod. Fr. Moris est. 9. D. de poen. (48. 19.)

[16]) C. Nemo. 8. C. de postul. (2. 6.) in c. Nemo. 7. D. 1. de poenit.

[17]) C. Intelleximus. 7. X. de jud. (2. 1.) C. Excommunicamus. 13. §. 5. X. de haeret. (5. 7.) C. Decernimus. 8. de sent. excom. in 6. (5. 11.)

Mächtige, deren Einfluß eine Einschüchterung und ungerechte Entscheidung befürchten ließe, sollen nicht als Vertheidiger für Andere zugelassen werden[18]).

Kleriker, die ein kirchliches Einkommen beziehen, dürfen nur in eigenen Sachen oder in Sachen ihrer Kirche oder hülfsbedürftiger Personen, die ihre Vertheidigung nicht selbst führen können, vor einem weltlichen, also für Andere wohl vor einem geistlichen Gerichte als Vertheidiger auftreten[19]), was dagegen solchen, die kein kirchliches Beneficium besitzen, oder kein Kirchenamt mit kirchlichem Einkommen haben, nicht untersagt ist[20]). Ordensgeistliche und Regularen dürfen nur aus Auftrag ihres Obern, und zwar nur zum Besten des Klosters solche gerichtliche Geschäfte übernehmen[21]).

Von den Advokaten sind die Prokuratoren, Anwälte, ganz verschieden, obgleich jene als solche pflegen bestellt zu werden. Diese sind keine Gerichtspersonen, weshalb auch von ihnen hier nicht weiter die Rede sein kann. Da sie nur in Civilsachen angenommen werden, so können sie füglich erst in der Lehre über den Civilprozeß besprochen werden.

Fünfter Titel.

Gerichtliche Thätigkeit im Allgemeinen. Zeit und Ort.

1. Bei der Frage nach der gerichtlichen Thätigkeit im Allgemeinen kann zunächst in Betracht gezogen werden, wie das Gericht zum Handeln veranlaßt, oder dazu berechtigt und verpflichtet werde, ob es aus sich und vermöge seines Berufes, oder nicht, und sodann, wie dieses sein Handeln bis zum Schlusse als ein gerichtliches vor sich gehen solle.

In der Lage unserer Rechtszustände, in welcher jeder Erwachsene persönliche Selbstständigkeit und frei verfügbares Eigenthum besitzt, worin es also gerade die Aufgabe des Richters ist, diese wesentlichen Rechte in

18) C. Divine. 1. C. ne lic. potent. patr. (2. 14.) Fr. Nec quicquam. 9. §. 5. D. de off. praes. (1. 16.)

19) C. Clerici. 1. X. de postul. (1. 37.) Gl. ibid. in cas.

20) Gl. ibid. v. Stipendiis.

21) C. De praesentium. 20. C. Monachi. 35. C. 16. Q. 1. C. Ex parte. 2. X. de postul. (1. 37.)

ihrer Unverletzlichkeit zu schützen, ist es undenkbar, daß das Gericht ohne Aufforderung des in seinen Privatrechten Gekränkten zu ihrem Schutze einzuschreiten befugt sei. Denn vermöge seiner Selbstständigkeit gehört es zum Rechte eines Jeden, auf sie, ohne Dazwischenkunft eines Dritten, frei verzichten zu können [1]). Dadurch ist jeder Zwang, sein Recht durch den Richter zu suchen, ausgeschlossen [2]). Eine öffentliche Vertretung ist nur ausnahmsweise zum Schutze einzelner Unselbstständiger zulässig, die auch ohne richterliche Gewalt, als zu deren Bereich sie nicht ihrer Natur nach gehört, in anderer Weise gesichert werden kann. Nur wo die Selbstständigkeit der Personen und alles Eigenthumsrecht von der höchsten Gewalt, im Widerspruche mit ihrem eigenen Wesen, verschlungen wären, könnte ein amtliches Einschreiten gegen privatrechtliche Verletzungen, die dann aber nicht mehr solche, nach unsern Vorstellungen, sondern öffentliche wären, gegeben und gerechtfertigt sein. Anders hingegen verhält es sich mit Rechtsverletzungen durch verbrecherische Handlungen, gegen welche, schon weil sie nicht eine bloße Verletzung der Einzelnen sind, ein Einschreiten von Amts wegen und ohne eine andere Aufforderung, als durch die Unthat selbst, als nothwendig, oder doch zulässig betrachtet werden muß.

Die Aufforderung des Gerichtes geschieht in der Regel, in Strafsachen sowohl, als in Civilstreitigkeiten, schriftlich. Ausnahmen treten nur bei einem außerordentlichen Verfahren ein und müssen später nachgewiesen werden.

2. Die in einer dieser Weisen bei dem Gerichte angeregte Sache darf es nicht unbeachtet lassen, oder ohne vorgängige Prüfung abweisen. Das wäre eine Verweigerung der Rechtspflege, die es vor dem ihm zunächst übergeordneten Gerichte verantwortlich machen würde. Weil dann in der Sache noch keinerlei Erkenntniß ergangen wäre, so würde zwar keine Berufung, appellatio, wohl aber eine Beschwerde wegen verweigerter Rechtspflege, querela denegatae justitiae, veranlaßt sein, in deren Folge entweder gegen den Verweigerer, um ihn zur Pflichterfüllung zu vermögen, eingeschritten werden müßte, oder die Sache einem andern Gerichte zu überweisen wäre, und der Säumige würde für die verursachten Nachtheile einzustehen haben. Ein die Sache abweisender Bescheid

---

[1]) Fr. Si judex. 41. D. de minor. (4. 4.): ». . . unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt.«

[2]) C. un. C. ut nemo invit. ag. cog. (3. 7.): »Invitus agere vel accusare nemo cogatur.« Fr. Invitus. 156. pr. D. de R. J. (50. 17.)

würde eine Beschwerdeführung durch Berufung an das höhere Gericht begründen [1]).

3. Der angerufenen gerichtlichen Thätigkeit ist der zu nehmende Gang im Allgemeinen durch ihre Aufgabe selbst und durch den richterlichen Beruf vorgezeichnet. Ihre Aufgabe ist die schon bezeichnete, Recht zu finden und zu sprechen. Das Suchen des Rechtes muß aber amtlich, das heißt, nicht allein mit dem Bewußtsein auf Seiten des suchenden Richters, daß er aus und mit Amtspflicht und Amtstreue zu handeln hat, sondern auch in amtlicher Weise so geschehen, daß er das Recht nicht sucht, wie man seine eigene, oder aus Gefälligkeit eine fremde Sache nach Belieben, mit größerm oder geringerm Eifer, oder in beliebiger Art, auf selbsterdachten Wegen und mit mehr oder minder angemessenen, unzulänglichen oder zu weit greifenden Mitteln, wenn auch mit Gefahr, sie einzubüßen, sucht, da man darüber verfügen kann: er muß mit objektiver Auffassung das Recht vermöge Amtsobliegenheit als Amtssache nach dem ihm gesetzlich vorgezeichneten Gange suchen. Beides erfordert der Rechtsschutz und das objektive Recht, welches die Gesellschaft von dem Richteramte erwartet. Alle seine Schritte dürfen daher keine private, sondern müssen amtliche sein, und zu seiner Aufgabe gehört die Beachtung der gesetzlichen Formen, wie sie für die einzelnen Handlungen vorgeschrieben sind.

4. An dem gesetzlichen Gange ist ein wesentliches Erforderniß, daß das Recht nicht im Geheimen, sondern öffentlich, das heißt, mit vollständiger und klarer Kenntniß wenigstens der Betheiligten gesucht werde. Denn es handelt sich um ihr Recht, und sie sind nicht bloß im Stande, darüber die beste Auskunft zu geben, sondern auch zu dessen Vertheidigung nach allen Seiten hin berechtigt, so, daß sie von allen Angriffen darauf zu deren möglichen Abwehr [1]) genaue Kenntniß fordern können. Und das erheischt die unabweisbare Rücksicht auf die Beruhigung der an dem Rechtsstreite Betheiligten und aller Uebrigen, wovon Jeder in die nämliche Lage des Rechts-Bedürfnisses kommen kann. Eine größere Oeffentlichkeit, so, daß Jeder die Kenntniß von dem Rechtsuchen zugänglich wäre, kann durch äußere Gründe empfohlen werden, ohne durch die Sache selbst

[1]) C. Properandum. 13. §. 8. C. de jud. (3. 1.) Nov. 86. c. 1. C. Çum sit. 8. C. Çum contingat. 13. X. de for. comp. (2. 2.)

[1]) Fr. Servum quoque. 33. §. 2. D. de procur. (3. 3.) Fr. Divi Severi. 1. pr. D. de requ. domn. (48. 17.) C. Accusatores. 1. C. 3. Q. 8. — C. Susceptis. 1. X. de caus. poss. (2. 12.) Ç. Judices. 9. C. de jud. (3. 1.) C. Judicantem. 11. C. 30. Q. 5.

geboten zu sein. Was zur öffentlichen Beruhigung als nothwendig erscheinen könnte, kann durch den geregelten Geschäftsgang erzielt werden. Wesentlich ist auch, daß alle Handlungen amtlich, das heißt, vor Gericht und von Gerichts wegen, als auf die Aufforderung der höchsten Gewalt und vor ihr, und nicht wie ein Privatgeschäft, vorgenommen werden: sie müssen gerichtlich öffentliche sein.

5. Von den Gerichtsverhandlungen, welche vom Beginne der Untersuchung an bis zum gänzlichen Schlusse nothwendig werden, können verschiedene und wesentliche nur mündlich vor sich gehen. Allein auch diese müssen schriftlich aufgenommen und gerichtlich beurkundet werden. Dadurch wird der Gang der Verhandlungen gesichert und geregelt, und wird der gerichtliche Nachweis geliefert, daß und wie eine Handlung gesetzlich Statt gefunden hat [1]). Diese Schriftstücke sind von amtlicher Wichtigkeit und müssen von Gerichts wegen aufbewahrt werden [2]). Für die Anfertigung und die Aufbewahrung ist der Richter verantwortlich [3]).

6. Diese Handlungen leitet der Richter und veranlaßt sie nach der gesetzlichen Weisung [1]). Dadurch werden Verordnungen, Verfügungen, Erlasse oder Bescheide an die Parteien oder an Andere, decreta, auch simplices oder merae interlocutiones, nothwendig. Oft muß er über Nebenpunkte, bevor in der Hauptsache weiter geschritten werden kann, entscheiden, welche Entscheidungen Beiurtheile, interlocutiones, genannt werden, im Gegensatze zum Endurtheil,

---

[1]) C. Legum. 9. C. 2. Q. 1: »Legum ecclesiasticarum consuetudo et auctoritas talis est, ut in causis gestorum semper scripturam requirant.« Solcher gerichtlichen Handlungen sind in c. Quoniam. 11. X. de probat. (2. 19.) mehre angegeben, die schriftlich vermerkt werden sollen, und ist beigefügt: »et cetera, quae occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora et personas.« C. Albericus. 43. in f. X. de test. (2. 20.)

[2]) C. Quoniam. 11. cit. X. de prob: ». . . ita quod originalia penes scriptores remaneant.« Gl. zu c. Cum bonae. 15. X. eod. v. judices: »Originalia acta semper apud judicem sive scriptorem remanere debent.«

[3]) C. Quoniam. 11. cit. X. eod: ». . . Judex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare . . . per superiorem judicem animadversione debita castigetur.« C. Ne causas. 15. C. de appell. (7. 62.)

[1]) Beispielsweise in fr. Quod jussit. 14. D. de re jud. (42. 1.) C. Finem. 5. C. Cum dilecti. 6. X. de dol. et cont. (2. 14.) C. Si a judice. 10. de appell. in 6. (2. 15.)

zum Spruche, sententia [2]). Die Interlokute und jene Dekrete sind nicht, wie die Endurtheile es sind, unabänderlich [3]).

Die Erlasse beider Art müssen selbstredend denen, die es angeht, zuverlässig zur Kenntniß gebracht werden und verpflichten sie zur Beachtung, deren Gegentheil Ungehorsam, contumacia, ist und Nachtheile zur Folge hat, die in Rechtsnachtheilen im Prozesse, oder in angedrohten Strafen bestehen können. Um so nothwendiger ist, daß sich der Richter Gewißheit und Nachweise von der geschehenen Bekanntmachung verschafft. Von Form und Inhalt der Dekrete und Interlokute ergibt sich von selbst, daß Personen und Gegenstände gehörig bezeichnet, was aufgegeben, untersagt, angeordnet oder erkannt ist, genau bestimmt, Ort und Zeit richtig angegeben werden, mit dem weiteren Beifügen, wann und wo der Erlaß beschlossen ist, und mit der Bezeichnung und amtlichen Beglaubigung des Gerichtes. An Auswärtige können solche Eröffnungen nur durch ihre Richter verpflichtend geschehen, um welche diese daher durch Anschreiben, literae requisitoriales, literae mutui compassus, ersucht werden.

7. Die Zeit, wann die Parteien solche Handlungen vornehmen sollen, können sie sich, so weit die Einhaltung ihr eigenes Interesse berührt, selbst verabreden und vom Richter festsetzen lassen [1]), oder er bestimmt sie mit gehöriger Berücksichtigung der Streitsache und aller Umstände [2]) selbst. Dafür wird denn ein bestimmter Tag, eine Tagefahrt, ein Termin, terminus, angesetzt [3]), oder eine Frist, spa-

---

[2]) C. Post sententiam. 9. C. de sent. et interloc. (7. 45.)

[3]) C. Interlocutio. 4. C. comminat. (7. 57.): »Interlocutio . . . . ne rei judicatae auctoritatem obtineri, juris ratio declarat.« Aenderungen von Interlokuten und Dekreten werden in den Stellen Not. 1. angeführt.

[1]) Fr. Acta. 45. pr. D. de re jud. (42. 1.): »Acta apud se habita, si partes consentiant, et judex hoc permiserit, potest jubere ea die circumduci.«

[2]) C. De induciis. 2. §. 1. C. 3. Q. 3: »Induciae namque non sub angusto tempore, sed sub longo spatio concedendae sunt, ut accusati se praeparare . . . testes praeparare . . . valeant.« C. Consuluit. 24. in f. X. de off. jud. del. (1. 29.) · » . . . discretus judex in assignatione peremtorii non debet jurisdictionem suam, nisi necessitas exigat, adeo coarctare.«

[3]) C. Pastoralis. 28. §. 4. X. de off. jud. del. (1. 29.): »Cum saepe contingat, ad diem, quam judex delegatus a nobis assignavit, earum alteru procurante, ut negotium prorogetur.« C. Consuluit. 42. X. eod: » . . . terminum peremptorium assignasti.«

tium, dilatio, binnen welcher gehandelt werden soll, anberaumt [4]). Beides kann er als abänderlich und verzögerlich, dilatorie [5]), oder als unabänderlich und zerstörlich, peremtorie [6]), festsetzen.

Zur Vornahme gerichtlicher Handlungen sind auch vom Gesetze selbst gewisse Fristen so anberaumt, daß sie nach deren Ablauf nicht weiter zulässig sind, Nothfristen, fatalia [7]).

8. Auch die vom Gerichte peremtorisch anberaumten Termine [1]) und Fristen [2]) können auf Verlangen der Parteien ausgesetzt und erweitert werden, und, wenn ein wichtiger Grund obwaltet, auch auf Verlangen einer Partei, nach vorgängiger Prüfung, causa cognita [3]). Die Fristverlängerungen finden eine Beschränkung durch die allgemeine Regel, daß Prozesse nicht verschleppt, vielmehr in der Zeit verkürzt und schleunig erledigt werden sollen [4]). Sie sollen daher in der Regel bei Geldfragen nur einmal, in Straffachen dem Angeschuldigten dreimal, dem Ankläger nur zweimal gewährt werden [5]).

---

[4]) Fr. Consensisse. 2. §. 2. D. de jud. (5. 1.): »Si et judex . . . et omnes litigatores consentiant, . . . possunt tempora . . . prorogari.« C. Quoniam. 1. C. de dilat. (3. 11.): »Quoniam plerumque evenit, ut judex . . . dilationem dare rerum necessitate cogatur, spatium instructionis exhibendae postulatum dari convenit . . . . non amplius quam tres menses . . . in transmarina autem dilatione novem menses computari oportebit.« C. Quod ad. 15. X. de sent. et re jud. (2. 27.): ». . . quadrimestre tempus . . . arctari potest nonnunquam, . . . qui . . . recipit terminum breviorem.« Die Bezeichnung Termin für Tagefahrt und für Frist steht nicht immer fest.

[5]) Fr. Nonnunquam. 72. D. de jud. (5. 1.)

[6]) Fr. Et tertium. 70. D. eod: ». . . tunc peremptorium impetret, quod inde hoc nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari.«

[7]) C. Praecipimus. 32. pr. C. de appell. et consult. (7. 63.): ». . . lites fatali die . . . terminantur.« C. Tempora. 2. pr. C. de tempor. et repar. (7. 63.): »Tempora fatalium dierum.« C. Nemo. 3. C. eod.

[1]) C. Consuluit. 24. C. Pastoralis. 28. in f. X. de off. jud. del. (1. 29.)

[2]) C. A procedente. 4. C. de Dilat. (3. 11.), bei Grat. 2. par. §. 3. zu C. Induciae. 4. C. 3. Q. 3. Clem. Quamdiu. 4. de appell. (2. 12.): »Quamdiu appellationis prosequutio . . . de partium expresso consensu differtur, tempus . . . ab homine vel a jure praefixum, currere nolumus appellanti.«

[3]) C. Consuluit. 24. X. de off. jud. del. (1. 29.): ». . . nisi gratiam fecerit ei benignitas judicantis.« Gl. v. gratiam fecerit.

[4]) C. Omnes. 12. C. de judiciis. (3. 1.): »Omnes . . . judices compendiose lites decidant.« C. Properandum. 13. §. 2. C. eod. C. Finem. 5. X. de dolo (2. 14.)

[5]) Fr. In pecuniariis. 10. D. de fer. et dilat. (2. 12.) C. Quoniam. 1.

Ueber die gesetzlichen Fristen, die Fatalien, können sich die Parteien, wofern sie selbstredend ausschließlich bei dem Prozesse betheiligt sind, ebenfalls einigen und sie erweitern[6]).

Werden die Fristen nach Monaten bestimmt, so wird der Monat zu dreißig Tagen, die einfallenden Festtage mit eingerechnet, gezählt[7]), die Tage aber werden von Mitternacht zu Mitternacht[8]) so in Anschlag gebracht, daß der letzte Tag noch ganz hinzugenommen wird[9]). Eben so wird gerechnet, wenn die Frist nach Tagen bestimmt ist. In beiden Fällen kann die Handlung während des ganzen letzten Tages vorgenommen werden. Die Frist läuft übrigens vom Tage der erlangten Kenntniß ab[10]).

9. Gerichtliche Handlungen können an allen Tagen des Jahres vorgenommen werden[1]), mit Ausnahme der Feiertage, feriae, die im Allgemeinen gesetzlich feststehen, fer. ordinariae, oder außerordentlich angeordnet werden, fer. extraordinariae. Die Feiertage sind zugleich kirchliche und Festtage, fer. solemnes, an welchen keine gerichtliche Handlungen gültig vorgenommen werden können[2]), oder es sind bloß

---

in f. C. de dilat. (3. 11.) bei Grat. par. 2. pr. zu C. Induciae. 4. C. 3. Q. 3. Gl. v. quam semel: ». . . non servatur de facto, quia plures dilationes dantur.« C. Noverint. 2. C. intra quod temp. crim. (9. 44.)

6) C. Cum anterioribus. 5. §. 6. C. de temporib. et reparat. (7. 63.): »Sin autem partes inter se scriptura interveniente paciscendum esse crediderint, nenimi parti licere ad provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale observare.« Clem. Quamdiu. 4. de appell. (2. 12.) Not. 2.

7) C. Sive pars. 3. C. de dilat. (3. 11.): ». . . Feriae autem, sive repentinae, sive solemnes sint, . . . non excipiantur, sed connumerentur.« Fr. Ubi lex. 101. D. de R. J. (50. 17.)

8) Fr. More romano. 8. D. de fer. (1. 12.)

9) Fr. Ubi lex. 101. D. de R. J.: »Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est.« Hierbei ist zu beachten, daß die Römer den ersten und letzten Tag mitzählten, also einen Tag mehr rechneten, als nach unserer Art zu zählen.

10) Nov. 23. c. 1. in c. Anteriorum. 28. pr. C. 2. Q. 6: ». . . intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum.« C. Concertationi. 8. de appell. in 6. (2. 15.): ». . . intra decem dies, postquam sciverit.« Gl. v. sciverit: »Est enim tempus utile a principio, licet continuum in progressu . . . et fit de momento in momentum computatio.« Daher die Regel, daß Nothfristen von Augenblick zu Augenblick gerechnet werden.

1) C. Omnes. 7. pr. C. de feriis. (2. 12.): »Omnes dies jubemus esse juridicos.«

2) C. Ut in die. 2. in f. C. Omnes. 7. in f. C. Actus. 8. C. Dies festus. 11. C. eod. C. Conquestus est. 5. X. de fer. (2. 9.): ». . . quibus ubi-

gerichtliche, oder weltliche, an denen die Parteien nicht zu Verhandlungen gezwungen werden können, diese aber, wenn sie mit ihrer Einwilligung Statt finden, gültig sind [3]). Ist der Tag, an welchem der Vorgeladene erscheinen soll, zwar in seinem Wohnorte, doch nicht am Orte des Gerichtes ein Feiertag, so muß er erscheinen [4]). In dringenden Fällen können die Parteien an diesen Tagen zu gerichtlichen Handlungen angehalten werden [5]).

In Fällen der Noth und als Werke der Liebe zum Besten bedrängter Personen sind gerichtliche Handlungen auch an kirchlichen Festtagen erlaubt [6]). Handlungen, die nicht eigentlich gerichtliche sind, wie schriftliche Ausfertigungen, können ohne Nachtheil für sie an diesen Tagen besorgt werden [7]).

10. Dem Richter pflegt nicht bloß ein gewisser Bezirk, außer wel-

---

que solemnibus feriis, nisi necessitas urget, . . . usque adeo convenit . . . abstinere, ut . . . nec processus habitus teneat, nec sententia, quam contingit diebus hujusmodi promulgari.«

[3]) Fr. Ne quis messium. 1. §. 1. Fr. Si feriatis. 6. D. de fer. (2. 12.) C. Conquestus est. 5. in f. X. eod. C. Significaverunt. 21. X. de jud. (2. 1.) C. Si ut proponis. 4. C. quomod. et quand. (7. 43.)

[4]) Durant. specul. lib. 2. partic. 1. de feriis. §. 1. n. 11. Engel. de feriis. n. 5. Pirrh. de feriis. n. 24.

[5]) Fr. Ne quis messium. 1. §. 2. Fr. Eodem. 2. Fr. Solet. 3. D. eod.

[6]) C. Conquestus est. 5. X. eod: ». . . nisi necessitas urgeat, vel pietas suadeat.« Gl. v. pietas: »puta causa debilium vel miserabilium personarum, quia in operibus misericordiae dierum distinctio non est habenda.«

[7]) Engel. ibid. n. 4. Pirrh. ibid. n. 29. Nach Fagnani zu c. Conquestus est. 5. X. eod. wird auch die Citation selbst zu diesen Handlungen gerechnet. Er unterscheidet die Beschlußfassung und den Befehl der vorzunehmenden Citation von ihrer Ausführung durch den Gerichtsdiener und ist n. 49—52 der Ansicht, das Erste könne auch an einem Festtage gültig geschehen, wenn es sich nicht um eine Beschlußnahme handele, die in einer Gerichtssitzung vor sich gehen oder vorgenommen werden müsse, die Ausführung aber sei ungültig, weil sie den Vorgeladenen beunruhige und von der Festfeier abziehe. Pirrhing hingegen bestreitet das Erste und hält das zweite für zulässig, weil dies kein gerichtlicher Akt, sondern nur eine einfache Handlung des Gerichtsdieners sei. Das ist auch die Meinung Engel's, und er fügt bei, es sei die gangbare. Durantis macht zwar den erwähnten Unterschied nicht, behauptet aber die Unzulässigkeit der Citation, weil es in c. Dies festos. 11. C. de feriis. heiße: »praeconis horrida vox silescat.« Hierzu nun kommt, daß zwar das physische Hingehen und Verkündigen des Befehles die Handlung des Dieners ist, da aber diese Verkündigung des Befehles im Auftrage des Richters geschieht, ist sie die richterliche Handlung, die den Vorgeladenen verpflichten soll. Ob sie nun als an dem Tage geschehen verpflichte, ist eben die Frage, die verneint werden muß.

chem er seine Gerichtsbarkeit nicht ausüben kann, sondern auch ein bestimmter Ort für seine Amtshandlungen angewiesen zu sein. Und ein solcher bestimmter Gerichtsort ist im Allgemeinen zur Sicherung des gerichtlichen Charakters der Handlungen und im Interesse Aller, welche die richterliche Hülfe anzurufen im Falle sind, Bedürfniß. Er darf daher nicht willkürlich verlassen[1]) oder gewechselt werden, oder es kann, wenn der Geladene nicht erscheint, in seiner Abwesenheit keine gültige Handlung vor sich gehen[2]). Was die gerichtlichen Handlungen selbst angeht, so ist für viele ihre Vornahme im Gerichtslokale zu deren Gültigkeit erforderlich[3]).

Sechster Titel.

Einleitende Gerichtshandlungen. Citation. Exceptionen. Litiscontestation.

1. Da das gerichtliche Verfahren wegen strafbarer Handlungen sowohl, als jenes in Civilsachen den Zweck hat, über thatsächliche Verhältnisse das rechte und den Gesetzen entsprechende Urtheil zu finden, so müssen beide Manches mit einander gemein haben, und die Abweichungen von einander können vorzüglich nur durch die Verschiedenheit des Gegenstandes veranlaßt sein. Die Thätigkeit des Urtheilens über eine schuldige Leistung nach den Gesetzen ist an sich keine andere, als die über eine gesetzlich strafbare Handlung, und in beiden Fällen muß vor Allem das Thatsächliche gerichtlich ermittelt und juristisch gewiß sein. Und diese Ermittelung und Vergewisserung können immer nur auf den dem Menschen möglichen Wegen gewonnen werden; das heißt, Untersuchung und Beweisführung müssen, wie das Aburtheilen, bei jedem Verfahren und in allen Instanzen im Wesentlichen gleichartig sein. Durch die Zusammenstellung dieses Gemeinschaftlichen wird nicht nur die Einheit gewinnen, sondern auch die Klarheit gefördert und die Einsicht, wie die Uebersicht erleichtert werden.

2. Zur Feststellung der thatsächlichen Verhältnisse, um die es sich handelt, darf sich der Richter nicht auf einseitige Angaben verlassen, son-

[1]) Fr. Si locus. 49. D. de jud. (5. 1.): ». . . eo loco, quo solet judicari.«

[2]) C. Si, ut proponis. 5. C. quomod. et quand. (7. 43.): ». . . quod ita gestum est, ad effectum juris spectare minime oportet.«

[3]) Tit. 18. §. 4. B. 3. Tit. 1. §. 1.

dern er muß diesen gegenüber auch den Angegriffenen hören [1]). Hiermit sind dessen Vorladung, citatio, seine Gegenerklärungen, responsiones, exceptiones, und die Streiteinlassung, litiscontestatio, gegeben.

3. Die Vorladung oder die Ladung, citatio, ist die gerichtliche Aufforderung, vor Gericht zu erscheinen, in jus vocatio [1]), um sich über die zu verhandelnde Sache zu erklären [2]). Sie ist so unumgänglich, daß ohne sie kein weiteres Verfahren vor sich gehen kann, und alles Verhandelte keinen rechtlichen Bestand hat [3]), das summarische Verfahren nicht ausgenommen [4]). Als richterliche Handlung verpflichtet sie den Geladenen zum Gehorsam [5]), vorausgesetzt, daß sie von dem Richter ausgegangen oder verordnet und in gesetzlicher Weise geschehen ist. Ihrem Inhalte nach muß sie die von allen richterlichen Erlassen geforderten Angaben enthalten [6]). Was insbesondere die Bezeichnung des Gegenstandes angeht, sind die Civilklagen und das Strafverfahren von einander abweichend und muß das Spezielle späterer Besprechung vorbehalten werden. Ihre Mittheilung, Insinuation, geschieht mündlich oder schriftlich durch den Gerichtsboten, oder durch einen Andern speziell damit Beauftragten, an den Vorzuladenden persönlich durch Uebergabe der Schrift an dessen Wohnung zur Tageszeit, oder, im Falle seiner Abwesenheit, an dessen Prokurator, oder an die Hausgenossen [7]), und, wenn diese die An-

---

[1]) C. Necesse est. 21. C. 3. Q. 4. C. Cum inter. 5. X. de except. (2. 25.): ». . . cum . . . satis videatur absurdum, si, actore impugnante, reo defensionis copia denegetur.« C. Susceptis. 1. X. de caus. poss. (2. 12.) Fr. Divi Severi. 1. pr. D. de requir. reis. (48. 17.)

[1]) Fr. In jus vocare. 1. D. de in jus. voc. (2. 4.): »In jus vocare est juris experiundi causa vocare.«

[2]) Im älteren römischen Rechte war die Vorladung, auch denuntiatio genannt, Sache des Klägers, wie des Anklägers. C. Ea, quae. 7. C. quom. et quand. (7. 43.) Unter den Kaisern geschah sie auf Befehl des Richters. §. Tripli. 24. J. de act. (4. 6.)

[3]) C. Ea, quae. 7. C. quom. et quand. (7. 43.) C. Inter quatuor. X. de M. et O. (1. 33.): ». . . Juris namque ratio postulat, ut . . . nihil ordinemus de ipsis, cum nec citati sunt, nec convicti, nec per contumaciam se absentent.«

[4]) Clem. Saepe contingit 2. de V. S. (5. 11.)

[5]) Fr. Contumacia. 53. §. 1. D. de re jud. (42. 1.): »Contumax est, qui . . . literis evocatus praesentiam suam facere contemnit« Clem. Pastoralis. 2. de sent. et re jud. (2. 11): ». . . citatio arctat citatum.«

[6]) Tit. 5. §. 6.

[7]) Fr. Haec autem. 5. §. 1. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4.) Fr. Ergo sciendum. 22 D. ex quib. caus. maj. (4. 6.) C. Caussam. 3. X. de dol. (2. 14.): ». . . si procuratorem non dimisit, denuntiationibus ad domum ejus missis.«

nahme verweigern, durch Anheften an die Wohnung[8]), oder durch Hinterlassung an Nachbarn oder an Freunde. Die Insinuation bescheinigt der Ueberbringer schriftlich, oder durch Erklärung zu den Akten, oder durch erhaltene Empfangsbescheinigung. An Vorzuladende in andern Bezirken ergeht die Citation durch das dortige Gericht auf Ersuchen[9]), cit. remissoriales, subsidiales.

Die in dieser Form persönlich insinuirte Vorladung wird Verbal-Citation genannt, zum Unterschiede von der öffentlichen, der Edikta l-Ladung, durch öffentliche Bekanntmachung der richterlichen Aufforderung von der Kanzel, auf öffentlichen Plätzen, oder vermittelst Aufschlagens an der Kirchthüre oder einem andern öffentlichen Gebäude[10]), und von Real-Citation durch Ergreifung eines der Flucht verdächtigen Beschuldigten. Die Citation kann auch nach dem Gegenstande der Verhandlung, je nachdem sich diese auf eine spezielle Handlung oder allgemein auf alle in der Sache möglichen Gerichtshandlungen[11]) bezieht, als eine spezielle, cit. specialis, und eine allgemeine, cit. generalis, unterschieden werden.

4. Zur Abwehr des Angriffes kann der Vorgeladene alle ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mittel anwenden. Sie machen seine Vertheidigung, defensio, aus. Und zu ihnen gehören auch die Einreden, exceptiones, praescriptiones[1]), die daher nicht ungehört bleiben dürfen[2]).

Der Unterschied zwischen exceptiones und praescriptiones war mehr ein formeller, als ein sachlicher, und von der Verbindung, in welche der Gegengrund mit der Klageformel gebracht wurde, hergenommen. Die eigentlichen exceptiones bezogen sich nur auf den Angriff in der Forderung, intentio, waren gegen dessen Grund gerichtet, bezielten daher die

---

[8]) Fr. Dies. 4. §. 6. D. de damn. inf. (39. 2.): »... Est tamen tutius, libellum ad ipsas aedes proponere; fieri enim potest, ut ita monitus, defensor existat.«

[9]) 5. Tit. §. 6.

[10]) C. Venerabilis. 10. X. de del. et cont. (2. 14.) Clem. Dudum. 1. de jud. (2 1.)

[11]) Wie in c. Tam ex literis. 5. iu f. X. de in int. rest. (1. 41.) und in c. Venerabilis. 10 X. de dolo. (2. 14.)

[1]) Fr. Is, qui. 5 D. de except. (44. 1.): »... potest et aliis exceptionibus uti .... pluribus enim defensionibus uti permittitur.« pr. J. eod. (4. 13): »... Comparatae autem sunt exceptiones defendendarum rerum gratia, cum quibus agitur.«

[2]) C. Ex parte tua. 11. X. de off. jud. del. (1. 29.): »... debet ... rationabiles exceptiones admittere.«

Abwehr oder die Milderung der Verurtheilung, condemnatio, und wurden mit dieser in der Klageformel verbunden [3]), andere Gegengründe wurden nicht in sie aufgenommen, sondern ihr voraufgeschickt, praescribebantur [4]). Dieser Unterschied wurde nach dem Aufhören der Klageformeln nicht mehr festgehalten [5]), und alle Gegengründe, welche der Beschuldigte geltend macht, werden Exceptionen genannt. Nach unserm Sprachgebrauche unterscheiden wir zwar Einreden, Einwürfe und Einwendungen [6]), im Prozesse aber steht dieser Unterschied nicht fest, sondern was im Lateinischen exceptio ist, pflegt Einrede genannt zu werden.

Die Einreden gegen die Personen, gegen den Angriff und dessen Begründung, oder gegen das beobachtete Verfahren können sehr verschieden und mannigfacher Art sein, doch ist diese Verschiedenheit, oder vielmehr die Unterscheidung nach diesen Rücksichten in der Lehre über den Prozeß ohne Bedeutung; wichtig aber ist die in zerstörliche, exc. peremtoria, und in aufschreibende, exc. dilatoria. Die Einrede, welche den Angriff in seiner Wesenheit aufhebt, exc. peremtoria, vernichtet ihn auch für immer, so daß er nie wieder erhoben werden kann, ist zugleich auch

---

[3]) So lautete in der Klageformel wegen einer Geldforderung die intentio: »Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X. milia dare oportere,« und die condemnatio: »judex Nemerium Negidium Aulo Agerio X. milia condemnat; si non paret, absolvito.« War vor dem Prätor eine exceptio vorgebracht, so wurde sie in der Form einer Bedingung mit der condemnatio verbunden: »judex, si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum est, neque fiat« Gaj. IV. § 41. 43. 119. Gajus sagt an letzter Stelle: » . . . exceptio . . . ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem.« Paulus sagt in fr. Exceptio. 22. D. de except. (441.): »Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem;« und Ulpian in fr. Exceptio. 2. pr. D. eod: »Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.«

[4]) Gaj. IV. §. 132: »Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribebantur, plus quam manifestum est.«

[5]) Gaj. IV §. 133: » . . . praescriptio: »ea res agatur, quod praejudicium haereditati non fiat,« quae nunc in speciem exceptionis deducta est.« Modestin sagt von einer solchen Präscription in fr. Modestinus. 10. D. de except: » . . . praescribi ex ea sententia possit, quam proprio nomine disceptans . . . excepit;« und in fr. Qui adgnatis. 11. D. eod. nennt er die rei judicatae exceptio eine praescriptio.

[6]) Einreden ist jede Aeußerung gegen einen aufgestellten Satz, der Einwurf ist der gegen die Wahrheit eines Satzes geltend gemachte Grund und Einwendung der gegen eine behauptete Verpflichtung geltend gemachte Grund.

eine fortdauernde, exc. perpetua [7]); andere verschieben ihn bloß, exc. dilatoria, so, daß sie dagegen nur zeitweilig wirksam sind, exc. temporalis [8]).

5. Dieser wesentliche Unterschied hat im Prozesse die erhebliche Folge, daß die peremtorischen Einreden während der ganzen Verhandlung bis zum Spruche vorgebracht werden können [1]). Und dieses Recht kann der Richter durch keine Fristbestimmung beschränken [2]). Die dilatorischen hingegen müssen vor der Litiscontestation [3]), oder in der vom Richter dafür anberaumten Frist vorgelegt, oder wenigstens angemeldet werden [4]), widrigen Falles Verzichtleistung auf sie angenommen wird [5]). Wäre indessen die Thatsache, aus welcher sie abgeleitet werden, erst später eingetreten [6]), oder dem Excipirenten bekannt geworden, was er durch Eid

---

[7]) §. Perpetuae. 9. J. de except: »Perpetuae et peremptoriae sunt, quae semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt.«

[8]) §. Temporales. 10. J. eod: »Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt.«

[1]) C. Auditis. 3. in f. X. de in int. rest. (1. 41.) C. Peremptorias. 2. C. sent. rescindi non posse. (7. 50.): »Peremptorias exceptiones omissas ab initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat.« C. Praescriptionem. 8. C. de except. (8. 36.): »Praescriptionem peremptoriam . . . ante contestare sufficit.« Grat. 3. prs. §. 7. zu c. Infamiae. 4. C. 3. Q 3: »Exceptio fori dilataria est, atque ideo in initio litis debet opponi et probari. Peremptorias autem exceptiones, ut sunt praescriptiones longi temporis, sufficit in initio litis contestari.« Idem zu c. Si quis. 2. C. 3. Q. 6. C. Emptor. 8. C. de praescr. long. temp. (7. 33.)

[2]) Gl. zu c. Pastoralis. 4. X. de except. (2. 25;) v. dilatoriae: »Secus de peremptoriis et de exceptione excommunicationis, quae possunt proponi quandocunque.«

[3]) C. Si quis. 12. C. de except. (8. 36.): »Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere, ... multetur.« C. Praescriptiones. 13. C. eod. C. Inter monasterium. 20. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

[4]) C. Pastoralis. 4. X. eod: » . . . intra certum tempus a judice assignandum, omnes dilatoriae proponantur, ita, quod, si partes extunc voluerint aliquas opponere, quae non fuerint protestatae, nullatenus audiantur.« Gl. v. protestatae: » . . . et intellige protestatae nominando expresse exceptiones, quae scribi deberent.«

[5]) C. Inter monasterium. 20. X. de sent. et re jud. (2. 27.): » . . . quas etiam tanquam dilatorias ante litis ingressum opponere debuisset, quibus coram delegatis eisdem subeundo judicium renuntiasse videntur.«

[6]) Wie in c. Insinuante. 25. X. de off. jud. del. (1. 29.) Tit. 4. §. 7. Not. 4. C. Pasteralis. 4. X. de except: » . . . nisi forte aliqua de novo sibi competens exorta fuerit.«

bekräftigen müßte[7]), oder hinge davon die Gültigkeit des Spruches ab[8]), so müßten sie auch später noch zugelassen werden.

Die Einrede der größern Excommunication ist zwar ebenfalls eine dilatorische, allein da der Umgang mit einem Excommunicirten, der nicht tolerirt ist, verboten ist, so kann sie ebenfalls noch während des ganzen Streites, gegen den Richter selbst sowohl, als gegen den andern streitenden Theil, der vorausgesetzten Kenntniß vor der Litiscontestation ungeachtet[9]), selbst wenn der Richter für die Anmeldung eine Frist bestimmt hatte[10]), geltend gemacht werden. Damit nun diese Begünstigung nicht zu Chikanen mißbraucht werde, muß die Einrede nach ihrer Anmeldung binnen acht Tagen nachgewiesen werden. Wird der Beweis in dieser Frist nicht erbracht, so muß der Richter die Untersuchung fortsetzen und den Excipienten in die durch die Exception verursachten Kosten verurtheilen. Damit aber ist die Geltendmachung der später gewonnenen Beweismittel eben so wenig, als der Beweis einer neu eingetretenen Excommunication ausgeschlossen; doch hat der spätere Beweis nicht einen auf die bis dahin vorgenommenen gerichtlichen Handlungen zurückwirkenden und ihre Geltung zerstörenden Einfluß. Wegen der nämlichen Excommunication kann indessen die Einrede nur zweimal eingewendet werden, wofern nicht der später ermittelte Beweis augenfällig und offen vorliegt. Gegen den Spruch erst vorgebracht, hat sie nur die Wirkung, daß sie die Execution hindert[11]).

6. Da die peremtorischen Einreden den Angriff zu vernichten suchen, so lassen sie ihn zwar als solchen und mit seinem Grunde gelten, doch kann daraus noch kein Eingeständniß gefolgert werden, was bei dilatorischen noch weniger zulässig ist[1]). Ihr Gebrauch ist ein Vertheidigungsmittel, das auch demjenigen, der eine Behauptung in Abrede stellt, unbe-

---

[7]) C. Pastoralis. 4. X. eod. Tit. 4. §. 7. Not. 5. Gl v. de novo: »post terminum statutum, idem esset, si post litem contestatam exorta sit.«

[8]) Wie im Falle, daß ein falscher Prokurator aufgetreten ist. C. In nostra. 4. in f. X. de procurat. (1. 38.)

[9]) C. Exceptionem. 12. X. de except.

[10]) C. Pia consideratione. 1. eod. in 6. (2. 12.) Clem. un. eod. (2. 10.)

[11]) C. Pia consideratione. 1. in f. eod. in 6.

[1]) Fr. Non utique. 9. D. de except: »Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur.« C. Exceptionem. 63. de R. J. in 6: »Exceptionem objiciens, non videtur de intentione adversarii confiteri.« C. Si quidem. 9. C. de exc. (8. 36.) Ein Beispiel einer solchen unrichtigen Folgerung liefert c. Cum venerabilis. 6. X. eod.

nommen bleibt[2]), weshalb denn aus dem Gebrauche dieses Rechtes nicht gefolgert werden kann, es könne oder dürfe das Recht der Verneinung nicht mehr in Anwendung kommen. Um so unbedenklicher können alle Einreden von jeder Art vorgebracht werden[3]). Ob sie nun aber zum Zwecke dienen und einander unterstützen, oder sich gegenseitig schwächen oder aufheben, hat zunächst, wer Gebrauch davon macht, zu erwägen.

7. Wie Jedem zur eigenen Vertheidigung der Gebrauch seiner Mittel frei steht, so muß ihm auch überlassen bleiben, sie anzuwenden, oder nicht. Ihn darin zu vertreten, ist der Richter nicht verpflichtet und, dem andern Theile gegenüber, nicht befugt. Nur die öffentliche Excommunication eines Theiles muß er, auch wenn sie nicht eingewendet wird, von Amts wegen geltend machen, weil dies eine öffentliche, das heißt, das allgemeine Wohl betreffende Sache ist[1]).

8. Die Einreden haben nur Wirkung, wenn und so weit sie erwiesen werden; den Beweis hat aber, wie der Angreifende für seinen Angriff, derjenige zu führen, der sie vorbringt[1]).

Und gegen diese Aufstellungen steht dem Andern wieder das Vertheidigungsrecht durch Gegeneinrede, replicatio, zu, welcher eine Duplication und eine Triplication folgen kann[2]). So kann, je nach der Beschaffenheit der Einrede, eine umfangreiche Untersuchung nothwendig werden, bevor noch der eigentliche Prozeß beginnt[3]).

9. Die Wirkung der Einrede nun besteht nur in der Abwehr des Angriffes[1]), daher in der Abwehr der Verurtheilung des Angegriffenen,

---

[2]) Fr. Nemo. 43. pr. D. de R. J.: »Nemo ex his, qui negant, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.«

[3]) Fr. Nemo. 8. D. de except: »Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt.« Fr. Is, qui. 5. D. eod. §. 4. Not. 1.

[1]) C. Exceptionem. 2. in f. X. de except. Gl. v. Qui si eam omiserit: ». . . Item est hic argumentum manifestum, quod nemo juri publico potest derogare, seu renunciare.«

[1]) Fr. Agere. 1. D. de except: »Agere etiam videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est.« Fr. Ab ea parte. 5. §. 1. Fr. In exceptionibus. 19. pr. D. de probat. (22. 3.)

[2]) Fr. Exceptio. 2. §. 1. 2. Fr. Exceptio. 22. §. 1. D. de except. pr. u. §. 1. 2. J. eod.

[3]) C. Exhibita. 19. X. de jud. (2. 1.)

[1]) Fr. Exceptio. 2. §. 2. D. de except: ». . . exceptio actorem excludit, replicatio reum.«

nicht aber in der Verurtheilung des Angreifers [2]). Diese erfordert wirklichen Gegenangriff, reconventio, reaccusatio [3]).

Steht dem Angegriffenen in Civilsachen ein solcher Gegenangriff zu Gebote, so kann er ihn, wenn er in einer Gegenforderung besteht, zu jeder Zeit als Einrede geltend machen. Als eine solche hat sie denn nur Einfluß auf seine Verurtheilung, das heißt, seine Gegenforderung wird bei dieser berücksichtigt, daher zuerst in der Hauptsache, und nach dieser in der Nebensache erkannt, und so, daß der Kläger nicht in ein Mehr verurtheilt wird, wenn er auch dazu verpflichtet sein sollte. Anders dagegen ist der Gang der Verhandlung und das Schlußergebniß, wenn eine Widerklage, reconventio, erhoben wurde. Dann werden Klage und Gegenklage neben einander gleichen Schrittes behandelt und durch ein Urtheil erledigt [4]), und je nach dem Ergebnisse wird selbst der Kläger verurtheilt [5]). Das setzt aber voraus, daß die Gegenklage von Anfang an und vor der Litiscontestation erhoben worden ist [6]).

Eben so bewirkt die Einrede im Anklageverfahren nur die Zurückweisung des Anklägers, der Gegenangriff durch Reaccusation aber auch dessen Verurtheilung.

10. Eine besonders begünstigte Einrede ist die aus dem gewaltsam gestörten Besitze abgeleitete, exc. spolii. Ihre Begünstigung besteht nicht in einer größeren Wirkung, als die Abwehr des Angriffes, also nicht darin, daß sie zu dem verlorenen Besitze verhilft [1]); sondern vielmehr

---

[2]) C. Cum dilectus. 2. X. de ord. cognit. (2. 10.): ». . . distinguendum esse credimus, utrum spoliationis quaestio . . . sit objecta in modum actionis ad restitutionem petendam, an in forma exceptionis ad intentionem adversarii repellandam . . . . . . Quemadmodum, si in modum exceptionis aliquod crimen testi objicitur, ut a testimonio repellatur, etsi crimen contra eum civiliter probatum fuerit, non ideo sibi poena infligitur ordinaria, sed ejus duntaxat testimonio non creditur.« C. Denique. 1. X. de except. C. Super his. 16. X. de accusat. (5. 1.)

[3]) Dessen in Tit. 2. §. 27. auch Erwähnung geschah.

[4]) C. Cum dilectus. 2. pr. X. de ord. cogn. (2. 10.): ». . . quanquam in idem judicium ambae deductae vicissimque tractatae simul essent eadem sententia terminandae.«

[5]) C. Cum Papinianus. 14. C. de sent. et interl. (7. 45.) C. Ex litteris. 1. X. de mut. petit. (2. 6.) C. Dispendia. 3. in f. de rescr. in 6. (1. 3.) C. Cum dilectus. 2. pr. cit. X. de ord. cogn.

[6]) Nov. 96. c. 2. §. 1. Clem. Saepe contingit. 2. de V. S. (5. 11.)

[1]) C. Cum dilectus. 2. §. 1. X. de ord. cogn. (2. 10.): »Verum, spoliatione in modum exceptionis tantum probata, non est per hoc restitutio facienda.«

darin, daß sie vor allem Andern untersucht wird und, wenn sie nachgewiesen ist, von jeder Einlassung auf den Angriff Seitens des Spolianten befreit, bis der Besitz wieder hergestellt ist [3]). Und diese Wirkung hat sie auch gegen Anklagen, und selbst dann, wenn die Besitzstörung nicht vom Ankläger ausging. Sie muß aber binnen fünfzehn Tagen nach der Anmeldung bewiesen werden [4]).

11. Zu den einleitenden Handlungen gehört insbesondere im Civilprozesse auch die Litiscontestation, deren Erörterung besser in die Lehre über das Verfahren verwiesen wird.

Siebenter Titel.

Beweis und Beweismittel.

1. Die wichtigste gerichtliche Handlung der Rechtsuchenden ist die Beweisführung. Sie soll dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der aufgestellten Behauptungen vermitteln, damit er darnach über das streitige Recht erkenne, der Gegenstand des Prozesses mag sein, welcher er wolle. Sie ist daher auch in jedem Verfahren die wichtigste, und alle haben die递haupttheile der einschlägigen Lehre mit einander gemein; die Abweichungen sind nur Modificationen, welche die Natur des Gegenstandes nothwendig macht.

2. Ueberzeugung ist die Entschiedenheit des Fürwahrhaltens und in so fern immer ein subjektiver Zustand, auf dessen Heranbringung die Neigungen, die Gefühle und die Einbildung des Urtheilenden großen Einfluß haben. Um eine solche, auch in ihrem Entstehen und in ihren Ursachen subjektive Ueberzeugung kann es aber den Rechtsuchenden und der sie schützenden höchsten Gewalt nicht zu thun sein, sondern um eine in ihrem Entstehen und in ihrer ganzen Wesenheit objektiven, wie sie aus der klaren und deutlichen Erkenntniß der gegebenen Verhältnisse im denkenden und sittlich frei urtheilenden Menschen entspringt.

---

[2]) C. eod. pr. in f. X. eod: » . . . ea probata legitime, abbati non cogerentur respondere super petitionibus memoratis, donec restituerentur ab ipso, cum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere.« C. Sollicite. 2. C. In litteris. 5. X. de rest. spol. (2. 13.)

[3]) C. Episcopis. 1. C. Episcopi. 2. C. Redintegranda. 3. C. 3. Q. 1. C. Cum ecclesiae. 2. C. 3. Q. 2. C. In scripturis. 4. C. 2. Q. 2.

[4]) C. Frequens. 1. pr. de rest. spol. in 6. (2. 5.)

Die Subjektivität im Urtheilen ist die gefährlichste Klippe für die Gerechtigkeit, daher ihre möglichste Ausschließung im Prozeßverfahren eine der vorzüglichsten Aufgaben der Gesetzgebung. Sie macht genaue Bestimmungen nothwendig, nicht allein darüber, was als Beweis und als Grund des Fürwahrhaltens gerichtlich gelten könne, sondern auch über die Weise, in der es gewonnen sein, oder wie, damit es als solches gelte, zu dessen Ermittelung zu Werke gegangen und verfahren werden müsse. Solche Bestimmungen betreffen also das Beweismaterial und das Beweisverfahren.

3. Die Erwägung nun aber, was als Beweis gelten könne und wie es erbracht werden müsse, hängt von der Vorfrage ab, wer den Beweis zu erbringen habe, ob, wer die Behauptung aufstellt, oder aber, wer sie leugnet. Denn zur Nachweise einer Behauptung sind offenbar ganz andere Beweismittel möglich und erforderlich, als für die Verneinung.

Die Antwort, daß, wer etwas behauptet, für seine Behauptung auch den Beweis zu führen hat, dringt sich als eine unabweisliche Forderung der Vernunft auf, die ohne Begründung ein Begründetes nicht anerkennen kann. Vermöge dieser Beschaffenheit unseres Wahrheitsvermögens sind wir physisch genöthigt, die Begründung von dem Behauptenden zu verlangen; das sind wir aber alsdann um so mehr, wenn er von seiner Behauptung einen Vortheil für sich und einen Nachtheil für einen Andern ableiten will. Dadurch wird die Forderung zugleich eine moralische und mußte in einer vernünftigen Gesetzgebung immer mehr zur Anerkennung gelangen. Es muß zunächst dem Angreifer, mache er nun einen Anspruch geltend, oder bringe er eine Beschuldigung vor, die Auflage gemacht werden, seine Sätze zu beweisen [1]). Eine Verneinung, negatio, negativa, kann nicht erwiesen werden, da ihre objektive Wahrheit, wenn sie eine hat, gerade darin besteht, daß etwas nicht ist, ein Nichtseiendes aber nicht nachgewiesen, und ein Nichtvorhandenes nicht als ein Begründetes gedacht und als solches erkenntlich gemacht werden kann. Die Negative kann höchstens nur mittelbar, etwa durch die Nachweise der Unmöglichkeit, oder durch den Erweis des Vorhandenseins vom Gegentheil bewiesen werden [2]).

---

[1]) Fr. Ei incumbit. 2. D. de probat. (22. 3): »Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.« Fr. Ante omnia. 23. D. eod. C. Quod autem. 1. C. 6. Q. 5. S. Greg. 596: »Quod autem postulas, ut illuc personam dirigere debeamus, qua de his, quae dicuntur, possit esse probatio, esset utcunque excusabile, si unquam ratio ei, qui accusatur, necessitatem probationis imponeret.«

[2]) C. Quoniam. 11. X. de prob. (2. 19.): ». . . cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio.« C. Bonae memoriae. 23. X. de elect. (1. 6.)

Erbrächte der Kläger und eben so der Ankläger, den Beweis nicht; so wäre es unvernünftig und ungerecht, dem Gegner den Beweis der Negative aufzulegen [3]), jener muß vielmehr abgewiesen, dieser aber freigesprochen werden [4]). Daher mußte die altdeutsche Beweistheorie, so weit sie auf der Nachweise der Negative beruhte, von der Kirche gemißbilligt und verdrängt werden [5]). Die Einreden des Verklagten sind aber keine Verneinungen, sondern den Angriffen des Klägers gegenüber aufgestellte Behauptungen, deren Nachweise und Begründung ihm obliegt [6]).

4. Alle gerichtlich aufgestellte Behauptungen müssen Thatsachen zu ihrem Inhalte haben, da sich nur aus solchen Ansprüche und Rechte unter den Menschen gegen einander herleiten können. Alle Mittel, wodurch Thatsachen nachgewiesen werden können, müssen also zulässig sein, wenn sie die Eigenschaften oder die Beschaffenheiten haben, die das Gesetz an ihnen fordern kann oder fordern muß und fordert. Solcher Mittel gibt es sieben. Sie werden auch instrumenta genannt [1]).

---

[3]) C. Actor. 23. C. de prob. (4. 19.): »Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla est.« C. Frustra. 8. C. eod.

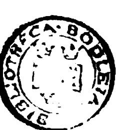
[4]) C. Qui accusare. 4. C. de edendo. (2. 1.): »Qui accusare volunt, probationes habere debent . . . . Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit.« Den letzten Satz wiederholt c. Cum ecclesia. 3. in f. X. de caus. poss. (2. 12.) C. Juramentum. 36. §. 1. X. de jurej. (2. 24.)

[5]) C. Ad nostram. 12. X. de probat. (2. 19) Honor. III. 1222: »Ad nostram noveritis audientiam pervenisse, quod sacerdotes et clerici Daciae legi regni, per quam negativa probatur, contra omnes canones et legitimas sanctiones, temere innitentes . . . volentes igitur, ut haec pestis contraria omni juri penitus exstirpetur a clero, mandamus, quatenus in hujusmodi probatione negativa, dum tamen possit affirmativa ex adverso probare ... neminem audiatis.«

[6]) Fr. In exceptionibus. 19. pr. D. de probat: »In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem, implere, ut puta, si parti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse.«

[1]) Fr. Instrumentorum. 1. D. de fide instrum. (22. 4.): »Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae, instrumentorum loco habentur« Fr Notionem. 99. §. 2. D. de V. S. (50. 16.) Daher heißt es in c. Qui accusare 4. C. de edendo. (2 1.) §. 3. Not. 4. nach den Worten: »probationes habere debent:« »cum neque juris, neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat.« C. Pervenit. 4. X. de test. cog. (2. 21.)

Achter Titel.



Gerücht. Notorietät.

1. Unter den Beweismitteln wird auch das Gerücht, fama, mit aufgezählt, obgleich es nie Gewißheit vermitteln, sondern höchstens Verdacht erregen, oder auf die Spur von Beweisen führen kann. Das Gerücht ist das unter Vielen bestehende und länger fortdauernde Sprechen, Rügen, fari, von einer Thatsache, mit dem Bewußtsein ihrer Ungewißheit, doch aus hinreichenden Gründen für die Annahme ihrer Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, ohne den Ursprung und den Urheber des Gespräches zu kennen und angeben zu können. Neben ihm wird auch das Gerede, rumor, erwähnt, das mit ihm das Bewußtsein von der Ungewißheit, doch Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der Thatsache gemein hat. Beide schließen ein Meinen, opinio, in sich ein [1]) und werden nicht allein im Gegensatze von Gewißheit und Fürwahrhalten, sondern auch mit der Angabe der Ungewißheit und Unsicherheit ihres Ursprunges gebraucht [2]). Die Ungewißheit im Urtheilen haben sie auch mit Vermuthungen und mit Verdacht gemein, doch unterscheiden sich diese durch ihre Quelle, indem sie aus vorliegenden sicheren Thatsachen durch Schlüsse entstehen. Vermuthungen und Verdacht können wieder, wie ungewisse Meldungen, Veranlassung und Quelle von Gerüch-

---

[1]) Nonius. h. v.: »Fama est opinio secundum consuetudinem;« ferner v. rumor: »Rumor, ut plerumque, opinio est.«

[2]) Cicero klagte über den Mangel an Nachrichten von seinem Freunde Cassius und schrieb ihm, ad famil. XII. epist. 4. §. 2: »Sed tu quid ageres . . . nesciebam. Fama nuntiabat, te esse in Syria, auctor erat nemo . . . Nunc quae scribo, scribo ex opinione hominum atque fama. Tuas literas avide exspecto.« Bald wiederholte er, epist. 9. § 1. diese Klage über Mangel an Nachrichten von Cassius, da dieser deren von ihm würde erhalten haben: »Nostras enim res in actis perferri ad te certo scio: tuas autem ignoramus. Tanquam enim clausa sit Asia, sic nihil perfertur ad nos praeter rumores de oppresso Dolabella, satis illos quidem constantes, sed adhuc sine auctore«; und epist. 10. §. 1. schrieb er: »Nos de Dolabella quotidie, quae volumus, audimus; sed adhuc sine capite, sine auctore, rumore nuntio.« C. Sanctum. 36. §. 1. D. 4. de cons. S. August: »... incerto auctore fama commendat.« Quintil. Instit. orat. V. c. 3: »Famam pars altera consensum civitatis et velut publicum testimonium vocat, altera sermonem sine ullo certo auctore dispersum, cui malignitas initium dederit, incrementum credulitas.« Isid. Orig. V. c. 27.

ten und von Gerede werden [3]), sie selbst aber sind oft nur das Ergebniß der Leichtgläubigkeit, der Schwäche argwöhnischer Menschen, oder der Leidenschaftlichkeit von Feinden, und können dem Gerüchte und Gerede keine größere Glaubwürdigkeit mittheilen, als sie selber haben. Nachrichten hingegen und Zeugenaussagen entspringen aus bekannten Quellen, verdienen und finden, je nach der Beschaffenheit von diesen, Glauben und verursachen wohl auch ein Landgespräch, das von Gerücht sehr verschieden ist.

Das Gerücht und das Gerede sprechen von Thatsachen, da die Meinungen nicht immer Thatsachen betreffen und zugleich bestehen können, ohne ausgesprochen zu werden; in dem Sprechen aber weichen jene beiden von einander ab, da es bei Gerede leiser, nicht so laut ist, als bei dem Gerüchte. Und dieses minder Laute besteht nicht in dem physischen Tone und in der etwa geringeren Lebhaftigkeit der Theilnahme und der Sprache; sondern in der größeren Ungewißheit von der Sache, und Gerede nähert sich dadurch dem Lispeln, susurrus [4]), das Gerücht aber lispelt nicht [5]). Durch beide wird zwar die Sache gleichzeitig von Vielen besprochen; allein das Gerede ist nur gleichzeitig mit der Begebenheit und geht bald vorüber, da das Gerücht ausgeprägter ist und sich Jahrhunderte hindurch behaupten kann [6]). Beide werden auch mit einander verwechselt [7]).

Vermöge ihrer innern Beschaffenheit können also Gerüchte nicht überzeugen und einen Beweis liefern. Sind nun solche über die nämliche Begebenheit nicht übereinstimmend, oder einander widersprechend, so schwächen sie sich gegenseitig, oder heben sich ganz auf. Sind sie übereinstimmend,

---

[3]) Cic. de fin. I. 16. §. 50: »... Plerumque improborum facta primo suspicio insequitur: deinde sermo atque fama; tum accusator, tum judex.«

[4]) Caelius Ciceroni. VIII. epist. 1. §. 4: »Quod ad Caesarem, crebri et non belli de eo rumores, sed susurratores duntaxat, veniunt ... inter paucos, quos tu nosti, palam secreto narrantur.« Cic. pro Muren. c. 21. §. 45: »Serpit hic rumor.«

[5]) Dieser Unterschied wird indessen nicht immer festgehalten. Cornel. Front. v. rumor: »... fama indicat, rumor tumultuatur.« Darauf kommt es hier auch weiter nicht an.

[6]) Cic. ad Attic. XVI. epist. 12. — Liv. XXI. c. 46. in f.: »Servati consulis decus Caelius ad servum natione Ligurem delegat; malim equidem de filio verum esse, quod et plures tradiderunt auctores et fama obtinuit.«

[7]) C. Super eo. 5. X. de eo, qui cogn. (22 5.): »... cum ... aliqua pars viciniae hoc acclamare dicatur, ... propter ... rumorem viciniae separari non debent.«

fama consentiens, so können sie eine schon gewonnene Ueberzeugung bestärken und andere Beweismittel unterstützen [8]). Je nachdem ein Gerücht bei tieferer Prüfung theils durch die Glaubwürdigkeit derjenigen, die dessen Träger sind, theils und vorzüglich durch dessen Veranlassung und Ursprung an Gewicht gewinnt, desto stärker ist seine gewährte Stütze. Letzteres kann namentlich bei Verhältnissen, die, wie das Hauswesen und das Familienleben, fortdauernd sind, eintreffen, indem darüber die Nachbarn und andere ihnen näher stehende Personen Wahrnehmungen machen und daraus Vermuthungen schöpfen, die sich immer weiter verbreiten und immer mehr Bestätigung erhalten, ohne daß die Urtheilendeu sich selbst von den veranlassenden Thatsachen bestimmte Rechenschaft geben können. Je nach der größeren oder geringeren Wichtigkeit der zu entscheidenden Frage kann unter solchen Umständen dem Gerüchte ein geringeres oder größeres Gewicht beigelegt werden. Handelte es sich um Verhinderung einer Ehe wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft, so dürfte das Gerücht nicht unberücksichtigt bleiben und müßte als hinreichend gelten [9]), wenigstens bis es entkräftet wäre. Ebenso würde das Gerücht über das Zusammenleben wie in einer Ehe zur Aufrechthaltung der Verbindung als einer ehelichen von entscheidendem Einflusse sein [10]). Ganz anders dagegen müßte seine Würdigung ausfallen, wenn die Auflösung einer bestehenden ehelichen Verbindung erkannt [11]), oder Jemand zur Strafe gezogen werden sollte [12]).

Da das Bestehen des Gerüchtes eine Thatsache ist, so muß es als Thatsache erwiesen werden. Und das geschieht durch zwei Zeugen, welche die bei der Mehrheit vorwaltende Ansicht bezeugen [13]).

---

[8]) Fr. Testium. 3. §. 2. D. de test. (22. 5.): »... alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem.« C. Sanctum. 36. §. 1. D. 4. de cons. Not. 2: »... Quod si forte hoc ... non vult aliquis credere, non enim hoc scripturarum divinarum auctoritas, sed incerto auctore fama commendat, non repugnabo.« Gl. v. non credit: »arg. quod fama non inducit probationem, nec partem probationis.« C. Praeterea. 27. X. de test. (2. 20.): »... si testimonium conveniens de visu reddatur, vel etiam de auditu, et praesumptionem violentam fama consentiens subministrat, ac alia legitima adminicula suffragentur, standum est testimonio juratorum.«

[9]) C. Super eo. 2. X. de consang. et aff. (4. 14.) C. Tertio loco. 13. X. de praesumt. (2. 23.)

[10]) C. Illud quoque. 11. X. de praesumt. (2. 23.)

[11]) C. Super eo. 5. X. de eo, qui cogn. (4. 13.) Not. 6.

[12]) C. Tua nos. X. de cohab. cler. (3 3.)

[13]) Gl. fr. Testium. 3. §. 2. D. de test. v. confirmat: »Haec autem fama probatur per duos testes, cum jurant, majorem partem populi ita sentire, non quod quilibet singularis per se dicat, credo.«

2. Mit der Fama hat die Offenkundigkeit, Notorietät, notorium, in gewisser Beziehung Aehnlichkeit und ist öfter mit ihr in Verbindung gebracht, von Schriftstellern wohl auch, um sie tadeln zu können, verwechselt worden; doch ist sie ganz verschiedener und entgegengesetzter Art. Sie hat unter Anderm die Eigenthümlichkeit, daß, wo sie gegeben ist, kein Beweisverfahren [1]) und keine förmliche gerichtliche Untersuchung [2]) Statt findet. Das genügt hier, sie zur Unterscheidung von andern Beweismitteln kenntlich zu machen und ihre juristische Bedeutung anzudeuten.

Die größte Schwierigkeit bietet die genaue Bestimmung, was hier unter Notorium zu verstehen sei. Dabei ist vor Allem auszuscheiden, was in den Rechtsbüchern über die Notorien der römischen Unterbeamten vorkommt [3]). Diese waren die Berichte über die aufgefangnen und an die Gerichte überlieferten Verbrecher. Sie hatten mit unserem Notorium nichts gemein, und dennoch wurden sie damit verwechselt, nicht so aber, als sei des letzteren Benennung von jenen Berichten hergeleitet, sondern vermöge Uebertragung des für sich fertigen Begriffes auf jenes Wort wegen der Aehnlichkeit des Lautes [4]). Unser Wort »notorium« ist nur eine spätere Form, um etwas Bekanntes, notum, eigener Art zu bezeichnen, und zwar, nach seiner grammatischen Bedeutung, etwas ausgebreitet und so Bekanntes, daß Niemand an der Wahrheit zweifelt, sondern Jeder davon gewiß

[1]) C. Super eo. 3. X. de test. cog. (2. 21.): » . . . si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari, cum talia . . . probationem vel ordinem judiciarium non requirant.«

[2]) C. Bonae memoriae. 23. X. de elect. (1. 6.)

[3]) Fr. Ab accusatione. 6. §. 3. D. ad SC. Turpill. (48. 16.): »Nuntiatores, qui per notoria indicia produnt.« C. Ea quidem. 7. C. de accus. (9. 2.): » . . . falsis, nec ne notoriis insimulatus sit.« C. Si quis. 31. C. Th. de episc. (16. 2.): » . . . quod geritur, literis ordinum, magistratuum et curatorum et notoriis apparitorum, quos stationarios appellant, deferantur in notitiam potestatum, ita ut vocabula eorum, qui agnosci potuerint, declarentur.« B. 4. Tit. 1. §. 5.

[4]) Zur c. Ea quidem. 7. cit. C. de accus. bemerkt die Glosse v. nec notoriis: »Nam tunc non crimen, sed notorium esse, sufficeret probare;« und die Randglosse fügt bei: »Notorium licet relevet ab onere probandi, proponendum est tamen.« Der Begriff von unserm Notorium ist also dem Worte untergeschoben, und ihm eine Bedeutung beigelegt, an welche in der Stelle nicht zu denken ist. — Zu c. Nullus 2. C. 4. Q. 4. nimmt Gratian §. 1. die erste Hälfte der c. Ea quidem. 7. C. de accus. auf, und dazu bemerkt die Glosse berichtigend v. per officiales: »Hoc exemplum non valet, quia ibi non fit accusatio: loquitur enim in notorio crimine ista lex, quod solum officiati denuntiant: si enim denuntiat officialis aliud crimen, ei non creditur, nisi probet legitime,« und die Randglosse lautet: »Officiales solum notoria denuntiare debent.«

ist[5]). Allein diese Worterklärung liefert und erschöpft den juristischen Begriff nicht. Er wird sich am klarsten aus den gesetzlichen Bestimmungen gewinnen lassen.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen wird etwas durch drei Thatsachen, durch richterlichen und rechtskräftig gewordenen Spruch, durch Geständniß vor Gericht und durch Evidenz der Sache, notorisch[6]). In den zwei ersten Punkten ist also der Begriff aus dem römischen Rechte entnommen, indem, was später erst nachzuweisen ist, nach einem rechtskräftigen Erkenntnisse und einem gerichtlichen Geständniß keine weitere Untersuchung mehr vorgenommen werden konnte[7]), also auch keinerlei Beweis über die Sache zugelassen, sondern nur gefragt wurde, ob ein Spruch ergangen[8]), oder ein Geständniß gerichtlich abgelegt sei[9]). Damit war also über die Sache eine juristische Gewißheit erworben, von deren Gegentheil kein Beweis mehr möglich war. Da nun das Notorium aus Evidenz[10]) dem Notorium aus den beiden andern Quellen gleich gestellt ist; so muß seine Wesenheit ebenfalls in der unumstößlichen Gewißheit bestehen. Allein eben zu bestimmen, was evident und so aus Evidenz notorisch ist, macht die eigentliche Schwierigkeit aus.

3. Was notorisch genannt wird, als evident, wird in den meisten Stellen manifest genannt[1]), sehr oft auch heißt das Notorische schlechtweg manifest[2]); evident und manifest aber ist uns zunächst eine Thatsache,

---

5) Lexic. jurid. Jacob. Hoer.: »Notorium est, quod omnibus constare potest, et colore nullo obfuscatur, nec probatione indiget.«

6) C. Quaesitum est. 10. X. de cohab. cler. (3. 2.): ». . . nisi peccatum hujusmodi sit notorium per sententiam, seu per confessionem factam in jure, aut per evidentiam rei, quae tergiversatione aliqua celari non potest.« C. Vestra. 7. X. eod. C. Cum speciali. 61. §. 1. X. de appell. (2. 28.)

7) Fr. Post rem judicatam. 56. D. de re jud. (42. 1.): »Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam . . . nihil quaeritur . . . quia in jure confessi pro judicatis habentur.«

8) Fr. Illud meminerimus. 1. pr. D. quae sent. sine appell. (49. 8.)

9) Fr. Certum confessus. 6. pr. D. de conf. (42. 2.): »Certum confessus pro judicato erit.«

10) Welches in c. Quaesitum est. 12. X. de temp. ord. (1. 11.) den andern gegenüber gestellt wird: »si proposita crimina ordine judiciario comprobata, vel alias notoria non fuerint, non debent hi . . . impediri.«

1) C. Cum olim. 24. in f. X. de V. S. (5. 40.): ». . . illam offensam nos rescribimus intelligere manifestam, quae vel per confessionem, vel probationem legitime nota fuerint, aut evidentia rei, quae nulla possit tergiversatione celari.«

2) C. De hoc autem. 11. X. de simon. (5. 3.): ». . . respondemus, quod, si manifestum est, eundem . . . promissa recepisse, aut exinde confessi fue-

oder ein Urtheil, wovon wir durch Einsicht Gewißheit erlangt haben. Diese Gewißheit besteht in dem entschiedenen Fürwahrhalten, welches in uns durch die äußere oder innere Sinnesanschauung, oder durch Vernunftnöthigung, und zwar unmittelbar oder aber mittelbar, erzeugt wird. Von den Dingen außer uns, die wir mit unsern Sinnen wahrnehmen, erhalten wir durch unmittelbare Anschauung der äußern [3]), und von den Dingen und Zuständen in uns durch die unmittelbare Anschauung des innern Sinnes Gewißheit; mittelbar erhalten wir sie durch Anwendung anderer, bereits als gewiß erworbener Anschauungen und Erkenntnisse [4]), und sie ist uns, wenn die Vermittelung nach den Denkgesetzen gehörig vor sich ging, eine eben so entschiedene, als die unmittelbar gewonnene. Gleiche Gewißheit haben für uns die Vernunfterkenntnisse und die von ihnen abgeleiteten Wahrheiten. Und die so erkannten Dinge heißen uns, wie auch die von ihnen erworbenen Erkenntnisse, eben so, wie die unmittelbar erkannten, evident und manifest [5]). Beide Bezeichnungen selbst sind nur durch die Vorstellungsweise verschieden. Die eine gibt die Wahrheit

---

runt in jure, vel legitime convicti . . . sunt perpetuo deponendi.« C. Super quibusdam. 26. X. de V. S. (5. 40.): » . . . illos intelligendos esse manifestos haereticos.«

[3]) So von den körperlichen Mängeln in c. Constitutionem. 2. pr. de V. S. in 6. (5. 12.): » . . . qui manifestum defectum in visu, auditu et aliis corporis sensibus . . . opponit electo.«

[4]) So schließen wir aus Aeußerungen von Vorstellungen, Gedanken und Urtheilen Anderer auf ihre geistigen Mängel. C. Constitutionem. 2. de V. S. in 6. (5. 12.): » . . . qui manifestum defectum . . . in memoria et etiam in intellectu opponit electo.« C. Dudum. 22. X. de elect. (1. 6.): » . . . si notorium esset . . . quod praepositus . . . pateretur . . . inscientia, vel in aetate defectum,« wie wir aus den Wirkungen auf die Ursache schließen.

[5]) Cic. pro Cluent. c. 19. §. 54: »Oculi omnium judicum non in Scamandrum, sed in Oppianicum conjiciebantur: timor ejus, perturbatio, suspensus incertusque vultus, crebra coloris mutatio, quae erant antea suspiciosa, haec aperta ac manifesta faciebant.« Die Beschuldigungen wurden also durch Schlußfolgerungen gewiß. Ibid. c. 24: »Multa sunt hujusmodi. Verum quum habeam rem non dubiam, sed apertam atque manifestam, enumeratio singulorum argumentorum non est necessaria.« Fr. Manifestae. 38. D. de jurej. (12. 2.) Fr. Si cum dotem. 22. §. 8. Fr. Si, constante. 24. pr. D. sol. matr. (24. 3.) C. Presbyter. 2. C. 15. Q. 5. C. Cum in dioecesi. 15. in f. X. de usur. (5. 19.): » . . . si tamen aliis argumentis illos constiterit esse usurarios manifestos.« In c. Presbyter. 2. cit. C. 15. Q. 5. wird das »per testium approbationem« gerichtlich erwiesene Verbrechen ein »legitime manifestum« genannt.

als eine so erkennbare, oder so erkannte an, als könnte sie mit den Händen erfaßt werden[6]), die andere als eine durch Sehen so erkennbare.

Eine notorische Thatsache ist also immer auch eine evidente und manifeste; allein nicht umgekehrt ist auch jede evidente und manifeste eine notorische. Das Notorische hat noch zwei Merkmale, welche jenen beiden nicht immer eigen sind: es bezeichnet nicht nur das objektiv Gewisse und als gewiß leicht Erkennbare, sondern zugleich auch das als solches Erkannte, und zwar von Vielen so Erkannte, da hingegen viele Dinge an sich augenfällig und handgreiflich sind, ohne von Jemanden erkannt und erfaßt zu sein. Eine notorische Thatsache war die blutschänderische Verbindung, in welcher der Korinther mit dem Weibe seines Vaters lebte. Diese Verbindung war den Gläubigen zu Korinth ganz und gar und unbezweifelt bekannt: „ὅλως ἀκούεται ἐν ὑμῖν“; sie war ihnen evident oder manifest an sich und für sie Alle[7]), das heißt, sie war in Korinth notorisch. Davon unterrichtet, schritt der heil. Paulus, auch ohne Ankläger und ohne weiteres Zeugenverhör, bloß auf den Grund der ihm nachgewiesenen Notorietät, gegen den Blutschänder ein und verhängte über ihn das Anathema. Und hier stehen wir an der Quelle von der Lehre über das Notorium, die kirchlichen Ursprunges ist, und wovon sich im römischen Rechte keine Spur findet.

4. Mit Hinweisung auf diesen Vorgang bespricht Origenes an zwei uns erhaltenen Stellen die gleichartige und in Aegypten gangbare Behandlung der offenkundigen Delikte[1]). Der h. Ambrosius stellt nicht bloß den Grundsatz auf, daß offenkundige Delikte keiner Accusation bedürfen[2]), sondern bespricht auch unter Hinweisung auf das Verfahren des h. Paulus gegen den Korinther die ganze Theorie vom Notorium in ihren Grundzügen, wie sie noch gilt. Das Verbrechen des Korinthers bezeich-

---

[6]) Das »φανερά« Gal. 5. 19. übersetzt die Vulgata: »manifesta sunt autem opera carnis,« welches die leicht als solche erkenntlichen bezeichnet. Diese Stelle wird von Richter, Lehrb. des kath. u. ev. Kirchenr. Leipz. 1848. §. 211. n. 3. und Andere mit Unrecht auf das Notorium bezogen.

[7]) I. Cor. 5. 1—5.

[1]) Die erste ist c. Audi. 21. C. 11. Q. 3: »Audi denique Apostolum dicentem: tradidi, inquit, hujusmodi hominem satanae . . . cum delictum ejus manifestum sit ecclesiae, et per sacerdotes de ecclesia pellitur . . . Deus autem, qui videt in occulto . . . istum talem ipse Dominus tradit satanae.« Die andere ist c. Nolite. 22. eod: » . . . quorum peccata manifesta sunt, ejiciamus, ubi enim peccatum non est evidens, ejicere de ecclesia neminem possumus.«

[2]) C. Manifesta. 5. C. 2. Q. 1: »Manifesta accusatione non indigent.«

net er als ein öffentliches, publicum, und der Kenntniß Aller zugängliches, zugleich auch als ein Allen bekanntes und als ein solches, das keines Zeugenbeweises bedurfte und durch keine Ausflüchte verdeckt werden konnte[3]). Was der h. Ambrosius manifest nannte, bezeichnete der h. Augustinus als evident und lehrte ebenfalls davon, daß es zur Bestrafung keiner Anklage bedürfe[4]), was auch Alexander III. mit Hinweisung auf das Beispiel des h. Paulus gelehrt hat[5]). Papst Stephan V. hob in der angeführten Stelle das unterscheidende Merkmal des Notorischen, daß das an sich Evidente und Offenbare zugleich Vielen und als gewiß bekannt sei, manifesta et nota pluribus, bestimmt hervor.

Notorisch ist also eine Thatsache, die nicht allein durch ihre Augenfälligkeit leicht mit Gewißheit erkennbar, sondern zugleich auch Vielen als solche und unbezweifelt gewiß bekannt ist[6]). Es unterscheidet sich somit von dem Oeffentlichen, publicum[7]), wie von dem Evidenten[8]), da Vieles, wie Bekanntmachungen durch Anschläge am Gerichte, öffentlich sein kann, ohne von Vielen gekannt zu sein. Eine solche notorische Thatsache pflegt faktisches Notorium, notorium facti,

[3]) Papst Stephan V. a. 887. bewahrte uns die ganze Stelle auf in c. De manifesta. 17. C. 2. Q. 1: »De manifesta et nota pluribus causa non sunt quaerendi testes, ut sanctus Ambrosius in epistola ad Corinthios dixit, de fornicatione sententiam exponens Apostoli: »judicis, inquit, non est, sine accusatore damnare . . . Ut tolleretur de medio vestrum, qui hoc opus fecit; cognito opere isto pellendum illum fuisse de coetu fraternitatis Apostolus censuit. Omnes enim crimen ejus sciebant, et non arguebant. Publice enim novercam suam loco uxoris habebat: in qua re neque testibus opus erat, neque tergiversatione aliqua poterat tegi crimen.« Eben so Alexander III. c. Cum sit. 5. §. 1. X. de appell. (2. 28.)

[4]) C. Evidentia. 9. X. de accus. (5. 1.): »Evidentia patrati sceleris non indiget clamore accusatoris.«

[5]) C. Cum sit. 5. §. 1. X. de appell. (2. 28.): ». . . nisi forte manifestus raptor vel fornicator existat, sicut ille, quem absentem et irrequisitum Apostolus excommunicavit.«

[6]) C. Consuluit. 14. X. de appell. (2. 28.): ». . . Sed cum multa dicantur notoria, quae non sunt, providere debes, ne, quod dubium est, pro notorio videaris habere.«

[7]) Doch wird publicum sowohl, wie manifestum, als ein Bekanntes gedacht. C. Quoniam. 10. X. de fil. presby. (1. 17.): ». . . si manifestum et publicum fuerit, patres in ecclesiis personatus gessisse.« C. De illo. 3. X. de eo, qui cogn. (4. 19.): ». . . nisi hoc publicum et notorium fuerit.« C. Insinuante. 13. X. de simon. (5. 3.) C. Pervenit. 13. X. de appell. (2. 28.)

[8]) C. Consuluit. 14. X. de appell.: ». . . cum manifestum sit et notorium uxorem alterius detinere.«

genannt zu werden, im Gegensatze zu dem Notorium durch ein Judikat und ein gerichtliches Geständniß, das man *juristisches* Notorium, notorium juris, nennt. Wenn nun der Gegenstand einer Erkenntniß nicht an sich als eine Thatsache behauptet werden kann, sondern nur auf den Grund einer Rechtsvermuthung als eine solche gilt, wie die Abstammung eines Kindes vom Vater, so heißt man das Notorium ein *vermuthetes*, notorium praesumtionis [9]). Das faktische Notorium hat mit dem juristischen die Gewißheit der Sache gemein, doch nicht immer das Bekanntsein [10]), mit dem Gerüchte aber weiter nichts, als die Kenntniß von Vielen, das Verbreitetsein, so, daß nur große Unaufmerksamkeit sie mit einander verwechseln kann. Denn der Inhalt der Kenntniß bei dem Gerüchte ist nicht eine gewisse, sondern nur eine mögliche oder wahrscheinliche Thatsache, und der Kenntniß geht die Gewißheit und das entschiedene Fürwahrhalten ab, sie begleitet vielmehr das Bewußtsein der Ungewißheit [11]).

5. Für die praktische Beurtheilung, ob Notorium gegeben sei, bleibt noch an dem Merkmale des Bekanntseins unbestimmt, wie Vielen eine Thatsache bekannt sein müsse, um als eine notorische gelten zu können. Darüber geben die Gesetze keine genaue Maßbestimmung; es lassen sich aus ihnen nur die äußersten Grenzen gewinnen. Es wird nämlich immer

---

[9]) Gl. zu c. *Manifesta.* 15. C. 2. Q. 1. v. *manifesta*: »De notorio loquitur ... Notorium triplex est Est enim notorium facti, notorium juris et notorium praesumptionis. Notorium facti est, quod exhibet et offert se oculis omnium, i. e. quod ita habet facti evidentiam, quod non possit negari ... Notorium juris est, de quo aliquis est condemnatus vel confessus ... Notorium praesumptum est, ut si aliquis publice habitus est pro filio alterius.« Gl. zu c. *Vestra.* 7. X. de cohab. cler. (3. 2.) v. *notorium.* Ein Beispiel enthält auch c. *Si viciniis.* 9. C. de nupt. (5. 4.)

[10]) In c. *Vestra.* 7. X. de cohab. cler. (3. 2.) wird ein crimen im Gegensatze von »occultum, quod ab ecclesia toleratur,« »notorium« genannt, »quando non diffitetur presbyter,« also confessus in jure, »vel de ipso est *canonice condemnatus*,« wo die Verurtheilung *durch die Kirche* vorausgesetzt, dieser also bekannt ist.

[11]) C. *Tua nos.* 8. X. de cohab. cler. (3. 2.): » . . . si crimen eorum ita *publicum* est, ut *merito* debeat appellari *notorium*, in eo casu nec testis, nec accusator est necessarius, cum hujusmodi crimen nulla possit tergiversatione celari. Si vero *publicum* est, *non ex evidentia*, sed ex *fama*, in eo casu testimonia . . . non sufficiunt.« C. *Cum dilectus.* 15. X. de purg. canon. (5. 34.) Wenn J. H. Böhmer Jus eccles. lib. 2. tit. 1. §. IX. in Beziehung auf fama, evidens, manifestum und notorium äußert: »quae omnia Pontifex contra usum recti sermonis satis barbare confundit;« so bezeugt er seine eigene Unachtsamkeit, und sein Tadel trifft seine eigene Verwechselung verschiedenartiger Dinge.

eine Gemeinde, wenn auch nicht als Corporation, so doch als eine Versammlung von Vielen vorausgesetzt, ohne welche Voraussetzung eine Thatsache nicht als eine öffentliche und Vielen erkennbare gedacht werden kann [1]). Das Verbrechen des Korinthers war der Kirche zu Korinth bekannt: daß es gerade allen Gläubigen bekannt war, kann nicht angenommen werden. In einer eben angeführten Stelle wird ein notorisches Delikt als der ganzen Nachbarschaft bekannt bezeichnet [2]), in welcher der Beschuldigte wohnte, wobei wieder nur eine größere, oder verhältnißmäßig große, Zahl gedacht werden kann, und das um so mehr, da andere Stellen die Kenntniß von Vielen bestimmt angeben [3]). Da nun eine Kirchengemeinde wenigstens aus zehn Mitgliedern bestehen soll [4]), und eine solche noch nicht als aus Vielen bestehend ausgegeben werden kann; so kann das tiefste Maß auf zehn gesetzt werden [5]). Indessen dürfte wohl Niemand die Behauptung wagen, eine Thatsache, die in einer Stadt von mehren Tausend Einwohnern deren zehn bekannt ist, sei für eine notorische zu halten [6]), wohl aber, wenn sie es der Mehrzahl wäre. Ein Genaueres läßt sich nicht angeben. Es muß also der Richter aus den gegebenen Verhältnissen ermessen, ob in dieser Beziehung etwas als notorisch gelten könne [7]).

Die Notorietät selbst aber ist eine Thatsache, die als solche nachgewiesen werden muß, wie sie bestritten werden kann [8]).

6. Die gerichtliche Behandlung einer Thatsache als einer notorischen und ohne Beweis über sie selbst, hängt sehr von ihrer Beschaffenheit in ihrer räumlichen und zeitlichen Erscheinung ab. Daß in einer Ge=

---

[1]) So ist auch palam, was von Vielen bemerkt werden kann: »ante eum locum, in quo negotiatio exercetur; non in loco remoto, sed in evidenti.« Fr. Sed si pupillus. 11. §. 3. D. de instit. act. (14. 3.) Fr. Palam. 33. D. de V. S. (50. 16.)

[2]) C. Cum dilectus. 15. X. de purg. can. (5. 34.): » . . . cujus universae viciniae populus testis est.«

[3]) §. 4. Not. 3.

[4]) C. Unio. 3. §. 1. C. 10. Q. 3.

[5]) Gl. zu c. De manifesta. 17 C. 2. Q. 1. v. pluribus: »Ergo non requiritur omnium scientia, forte sufficiunt X.«

[6]) Thesaur. sagt de poen. eccl. par. 2. cap. 21. II: » . . . sed factum Romae in una ecclesia vel palatio Papae coram decem non censeretur notorium facti.«

[7]) Fagna. c. Vestra. 7. X. de cohab. cler. (3. 2.) n. 92.

[8]) Gl. zu c. Deus. 20. C. 2. Q. 1. v. judicio: » . . . Sed pone, quod reus neget, aliquid esse notorium: numquid sufficiunt duo testes ad probandum aliquid esse notorium? Sic, sicut duo possunt probare famam.«

meinde ein Haus abbrannte und den Einwohnern keine Briefschaften gerettet wurden, kann allen Familienvätern bekannt sein, und es ist, wenn deren viele sind, ein Notorium gegeben. Handelte es sich dann bloß um die Feststellung des Brandes, so würden dafür zwei Augenzeugen genügen. Allein diese würden auch genügen, wenn deren nur zwei vom Brande Kenntniß hätten, und der Brand also nicht notorisch wäre. In einem solchen Falle wäre also die Notorietät nutzlos. In späterer Zeit könnte sie aber, wenn der Beweis von dem Verluste der Briefschaften nothwendig würde, von Nutzen sein, wenn die ersten Zeugen gestorben wären und nur ihre Söhne die Notorietät jenes Verlustes bezeugen könnten. Da eine solche Thatsache, wie die eines Brandes, vorübergehend ist, so unterscheidet man auch darnach die Notorietät, notorium transiens[1]), notorium facti transeuntis. Ein solches Notorium wäre auch die Tödtung eines Menschen öffentlich vor der ganzen versammelten Gemeinde, oder vor einem großen Theile. Zwei der Augenzeugen würden die Thatsache der Tödtung und daß sie notorisch sei, beweisen: und zu dem Ende wäre die Frage nach dem Notorium zwecklos. Würde aber gefragt, ob ein Mord begangen sei, so würde sich die Schwierigkeit erheben, ob die Sache als eine notorische behandelt, also ohne weitere Beweisführung und gerichtliches Verfahren abgeurtheilt werden dürfte. Die Frage beschränkt sich nämlich nicht auf die Thatsache der Tödtung, sondern sie umfaßt zugleich die zweite Thatsache der freiwilligen und verbrecherischen Tödtung, oder ob ein Mord durch den Thäter verübt sei. Und dieser Umstand gibt der Unterscheidung des Notoriums als eines vorübergehenden Bedeutung und macht den Zweifel wichtig, ob ein solches Notorium wie jedes andere dürfe behandelt werden. Es kann zwar nicht als unmöglich behauptet werden, daß eine vorübergehende That auch als Verbrechen sofort erkannt und notorisch werden könne; allein eine Wahrscheinlichkeit läßt sich im Allgemeinen nicht begründen. Der Thäter kann in einem Anfalle von Wahnsinn gehandelt, oder sich zur Gegenwehr durch den heimlichen Mordversuch aufgefordert gefunden, oder andere Umstände vorzubringen haben, die seine Handlung wenigstens milder beurtheilen

---

[1]) Gl. zu c. Manifesta. 15. C. 2. Q. 1. v. manifesta: ». . . Est autem quoddam factum continuum, sive permanens, quoddam interpolatum, quoddam statim transiens. In notorio facti continui nullus ordo juris exigitur, ut in decret. tua. in notorio facti interpolati sermiplena probatio requiritur, ut extr. de usur. cum in dioecesi. Notorium actu non permanens probabiliter potest negari, ut extr. de sort. ex tuarum.»

lassen [2]). In Fällen dieser Art kann es also immer noch Gründe geben, die den Beschuldigten schützen, und durch deren Vorbringen er der Strafe entgehen kann.

Eine ganz andere war dagegen die Lage des Korinthers. Es handelte sich gegen ihn nicht um eine vorübergehende strafbare Handlung, sondern um eine fortdauernde Thatsache. Er lebte in einer verbotenen Verbindung, und das mit seiner Stiefmutter. Die Thatsache der verwandtschaftlichen Verhältnisse war eben so bekannt und unbezweifelt, als die des verbrecherischen Zusammenlebens. Gegen eine vereinzelte blutschänderische Handlung wären Ausflüchte möglich gewesen; diese schloß aber die andauernde Verbindung aus, und seine Blutschande war dadurch so offenbar und gewiß, daß keinem Zweifel mehr Raum gelassen war. Und diese Gewißheit brachte die Augenfälligkeit der fortgesetzten That zu Stande, notorium facti permanentis. In einer ähnlichen Lage befand sich der König Lothar. Er hatte seine rechtmäßige Gemahlin eigenmächtig verstoßen und eine Andere zum Weibe genommen. Er lebte also in fortgesetztem und durch die Fortsetzung unbezweifelbar gewordenem Ehebruche, der dadurch notorisch war [3]), und nicht, wie bei einem vereinzelten noch möglich gewesen wäre, durch irgend Vorwände geleugnet, oder abgelehnt werden konnte. Die fortgesetzte That selbst lieferte den Beweis. Auf solche Verhältnisse bezieht sich immer der Satz [4]), daß eine Handlung als eine notorische zu behandeln sei, wenn sie so bekannt und gewiß wäre, daß keine Ausflucht mehr anzunehmen sei. Diese Bestimmung enthält also nichts Ungewisses, verdunkelt auch nicht den Begriff vom Notorium [5]), sondern liegt in der Sache selbst.

Ist das Delikt nicht ein andauerndes Verhältniß, sondern besteht es, wie der Wucher, in einzelnen, in der Zeit nach einander gesetzten

---

[2]) Einen solchen mildernden Umstand machte der in c. Ex tuarum. 2. X. de sortil. (5. 21.) auf den Grund des Notoriums wegen Teufelsbeschwörung verurtheilte Priester in der Appellations-Instanz geltend und erwirkte eine mildere Strafe.

[3]) C. Scelus. 21. C. 2. Q. 1: »Scelus . . . omnibus manifestum est.«

[4]) C. De Manifesta. 17. C. Scelus. 21. C. 2. Q 1. C. Tua nos. 8. C. Quaesitum 10. X. de cohab. cler. (3. 2.) In einer ähnlichen Lage befindet sich ein Bischof, der eigenmächtig seine Diöcese verläßt und eine andere übernimmt. C. Bonae memoriae. 23. X. de elect. (1. 6.) C. Quanto 3. X. de transl. episc. (1. 7.) C. Illud Dominus. 5. X. de cler. exc. (5. 27.)

[5]) So wenig das »convictus sit, et sic in objecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat,« die Bestimmung über die Forderung eines strengen Beweises zur Verhängung schwerer Strafen in c. Qui sententiam. 16. C. de poen. (9. 57.) ungewiß macht und verdunkelt.

Handlungen, so ist es schwieriger, dasselbe als ein notorisches zu constatiren und zu behandeln, notorium facti interpolati. Der verbrecherische Charakter jeder einzelnen Handlung tritt meistens nicht so offenbar hervor, daß sie mit Gewißheit und ohne Widerrede als eine solche betrachtet werden kann. Daher wird meistens die Gewißheit über jede einzelne Handlung erst vermittelt, das heißt, jede einzelne wird erst als eine solche nachgewiesen werden müssen, wofern nicht andere unzweifelhafte Thatsachen zugleich gegeben sind, aus denen sich die Gewißheit ergibt [6]). Da nun in offenbar notorischen Fällen doch die Beweisführung gegen andauernde Thatsachen zulässig ist [7]), so ist sie um so mehr bei unterbrochenen Thatsachen anräthlich [8]).

Neunter Titel.

Geständniß *).

1. Unter den Beweismitteln wird dem in gehöriger Weise abgelegten Geständnisse, confessio, im Civilprozesse die erste Stelle angewiesen, doch nicht so unbedingt im Strafverfahren. Der Geständige wird in Civilsachen zunächst nicht allein dem Überführten gleichgestellt, sondern er wird auch als verurtheilt angesehen, confessus pro judicato est [1]), und von dem Geständnisse wird angenommen, daß es vollen juristischen Beweis liefert. In wie fern dieses davon gelten kann, ist näher zu erwägen.

---

[6]) C. Cum in dioecesi. 15. X. de usur. (5. 19.): ». . . usurarii, de quibus minime dubitatur, quin sint usurarii manifesti . . . si tamen aliis argumentis illos constiterit esse usurarios manifestos, in eos poenam . . . poteris exercere,« auch ohne einen Accusator gegen sie. Gl. v. manifestos: ». . . Ad hoc posset dici, quod illud notorium non habet facti perseverantiam, unde aliqua requiruntur argumenta.«

[7]) C. Bonae memoriae. 23. X. de elect. (1. 6.): ». . . Licet autem esset notorium . . . tamen legatus ad majorem cautelam multos testes recepit.«

[8]) Gl. Rot. 1. n. 6.

*) De Confessis. X. (2. 18.) — in 6. (2. 9.) — D. de confessis. (42. 2.) — C. de confessis. (7. 59.)

[1]) Ueber Civilsachen heißt es in fr. Confessus. 1. D. h. t.: »Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.» Fr. Julianus ait. 3. D. eod: ». . . confessus pro judicato habetur.« Fr. Certum confessus. 6. pr. D. eod. Fr. Post rem judicatam. 56. D. de re jud. (42. 1.)

2. Das lateinische Wort confiteri heißt zunächst, an und für sich sowohl, als in dem juristischen Sprachgebrauche, sich übereinstimmend mit dem Andern, oder in seinem Sinne äußern, daher die gestellte Frage bejahend beantworten [1]). So sind denn auch wissentlich unwahre Antworten doch noch confessiones [2]). Und dadurch unterscheidet sich das confiteri von unserm Bekennen und Gestehen. Denn etwas bekennen oder gestehen heißt, etwas Unbekanntes bekannt machen; es ist also immer etwas wirklich Vorhandenes, das wir als ein Wirkliches durch unsere Aeußerung bekannt machen. Ein Geständniß über etwas, das nicht wirklich ist, können wir uns nicht denken; das ist uns eine unwahre Aeußerung, kein Geständniß. Von einer verdächtigen oder unwahren Antwort über eine Thatsache können wir sagen, diese sei dadurch zugegeben oder eingeräumt, nie aber, sie sei eingestanden. In dieser Hinsicht kommt das Zugeben oder das Einräumen dem confiteri nahe; bei beiden Ausdrücken aber geben wir zugleich unsere Unentschiedenheit im Fürwahrhalten und ein Dahingestelltseinlassen zu erkennen, was in dem confiteri nicht eingeschlossen ist. Die confessio kann also nicht im Allgemeinen als beweisend gelten.

3. Dennoch aber wurde, jedoch bloß in Civilsachen, die confessio in dem angegebenen Sinne von Einräumen einer gerichtlichen Verurtheilung gleich gestellt. Damit hatte es folgende Bewandtniß. — Vor dem Magistrate, dem Prätor oder dem Präses der Provinz, in jure, mußten oft gegenseitige Aeußerungen der Parteien durch Fragen und Antworten, interrogationes in jure, zur Aufhellung der Vorfragen und der Umstände Behufs der Aufstellung der Klageformel Statt haben. Was von der einen oder der anderen Seite eingeräumt war, stand unabänderlich fest und war eine unveränderliche Grundlage der Klageformel und der ganzen Verhandlung vor dem Richter, judex datus. War nun die Antwort ein

[1]) Fr. Voluit praetor. 4. §. 1. D. de interrogat. in jur. fac. (11. 1.): »Qui in jure interrogatus responderit.« Und dieses Antworten ist confiteri. Fr. Qui interrogatus. 5. D. eod: »Qui interrogatur, an haeres . . . sit . . . ad deliberandum tempus impetrare debet; quia si perperam confessus fuerit, incommodo adficitur.«

[2]) Fr. Confessionibus. 13. pr. D. eod: »Confessionibus falsis respondentes, ita obligantur . . . falsae confessiones naturalibus convenire deberent.« Fr. Qui servum. 20. D. eod: »...siquis confessus sit, se occidisse, quem alius occidit.« Fr. Si is, cum quo. 4. Fr. Cum fideicommissum. 7. D. h. t. Fr. Si is. 14. qr. D. eod: ». . . alienum servum suum esse confitendo.«

Geständniß oder ein Einräumen in Betreff des Streitobjektes, so stand dieses eben so fest und war so ausgemacht und unabänderlich, als wäre ein richterlicher Spruch darüber ergangen, res judicata. Das so, vor dem Magistrate, in jure, Zugegebene war also sofort exekutorisch. Zur Erwirkung der etwa nothwendigen Exekution konnte aber natürlich nicht die Judikatsklage, actio judicati, angewandt werden; es gab dafür eine eigene Klage, die actio confessoria[1]). Diese stand jener ganz gleich[2]), so, daß der zur Exekution angegangene Magistrat die Sache höchstens noch zur gerichtlichen Abschätzung an einen Richter zu verweisen hatte[3]). Das Fragen in jure und die confessorische Klage wurden indessen seltener, und diese Klage kam außer Gebrauch. Die vor dem bestellten Richter, in judicio, abgegebene bejahende Antwort hatte jene Bedeutung nicht, sondern nur die eines Beweises[4]). Davon ergab sich denn als Folge, daß der Richter, wie in allen Fällen eines gelieferten Beweises, ein Urtheil mußte ergehen lassen[5]). — So kam es, daß in unsern Rechtsquellen zwei verschiedenartige Zugeständnisse bei gerichtlichen Verhandlungen aufgenommen wurden, die aber manche Eigenheiten mit einander gemein hatten, welche hier noch zu besprechen sind.

4. Die Zugeständnisse in jure hatten, wie beiläufig schon bemerkt, erstens das Eigene, daß die angegebene Wirkung auch dann eintrat, wenn sie an sich unwahr gewesen waren, daß es also auf ihre Wahrheit

[1]) Fr. Inde Neratius. 23. § 11. D. ad leg. Aqu. (9. 2.): »Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse,« so schützte ihn das nicht: die »actio confessoria« hatte für den Kläger den Vortheil, »ne necesse habeat docere, eum occidisse,« wofern nur eine Tödtung Statt gefunden hatte.

[2]) Fr. Post rem judicatam. 56. D. de re jud. (42. 1.): »Post rem judicatam .... vel confessionem in jure factam, nihil quaeritur.«

[3]) Fr. Proinde si occisus. 25. §. 2. D. ad leg. Aqu. (9. 2.): »... in hac actione ... judex non rei judicandae, sed aestimandae datur; nam nullae partes sunt judicandi in confitentes.« Fr. Julianus ait. 3. D. de conf. (42. 2.)

[4]) Fr. Totiens. 1. §. 1. D. de interr. in j. (11. 1.): »... tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerunt apud judices.« Ueber jus und judicium ist hier auf B. 2. Tit. 1. §. 2. zu verweisen.

[5]) Fr. Qui Stichum. 5. D. de conf.: »Qui Stichum debere se confessus est, ... condemnandus est.« Hier ist die Antwort in judicio gedacht, und nicht in jure, weil es sonst heißen müßte: »judicatus est,« oder: »sua sententia damnatus est.«

nicht ankam [1])! — Das nämliche galt von dem Zugeständnisse als Beweis vor dem Richter, in judicio [2]).

Nur dann indessen hatte das erstere Zugeständniß jene Wirkung nicht, wenn die Thatsache physisch [3]) oder moralisch [4]) unmöglich war. — Daß Beides den Werth einer vor dem Richter abgegebenen Bejahung bedingt, bringt die Sache selbst mit sich [5]). Hiermit ist denn der für das Strafverfahren wichtige Grundsatz gegeben, daß vor Allem das Delikt als Thatsache und dessen Möglichkeit an und für sich und unter den es begleitenden Umständen nachgewiesen sein muß, bevor auf das eigene Geständniß ein Gewicht gelegt werden darf [6]).

Eine zweite Eigenheit der Einräumungen in jure ist ihre Unwiderruflichkeit [7]). — Dieselbe hat auch die vor dem Richter abgegebene Erklärung [8]).

Widerruflich sind die Zugeständnisse im Jus nur durch die Nachweise des faktischen Irrthums [9]), die vor dem Richter erklärten aber nur vor dem Schlusse der Untersuchung [10]).

---

[1]) Hierhin gehören die §. 2. Not. 2. angeführten Stellen.

[2]) §. 3. Not. 4.

[3]) Fr. Confessionibus. 13. pr. D. de int. in jure: »... falsae confessiones naturalibus convenire deberent.« Fr. Si is, cum quo. 4. D. h. t.: »... licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur.« Die Thatsache, Jemanden getödtet zu haben, der noch lebt, ist physisch unmöglich. Fr. Inde Neratius. 23. §. 11. Fr. Hoc apertius. 24. Fr. Proinde. 25. pr. D. ad leg. Aqu. (9. 2.)

[4]) Fr. Confessionibus. 13. §. 1. D. de int. in jure: »Eum, qui patremfamilias suum esse respondent servum, non teneri noxali actione.« In fr. Si is. 14. §. 1. D. eod: »In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest.« sind beide Sätze ausgesprochen.

[5]) Gl. c. Ex parte. 3. X. h. t. (8.) v. Confessus: »... Item requiritur. quod non sit contra rerum naturam, ut si confitear, me interfecisse hominem, qui vivit ... Item, quod non sit contra jus.«

[6]) Fr. In criminibus. 1. §. 17. 27. D. de quaest (48. 18.)

[7]) Fr Donari videtur. 29. §. 1. in f. D. de donat. (39. 5.): »... eum, qui in jure confessus est, suam confessionem infirmare non posse.«

[8]) C. Ex parte 3. X. h. t.

[9]) Fr. Non fatetur. 2. D. de h. t.: »Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit.« Fr. De aetate. 11. §. 12. D. de int. i. j.: »Celsus scribit, licere responsi poenitere, si nulla captio ex ejus poenitentia sit actoris. Quod verissimum mihi videtur: maxime si quis postea plenius instructus quid faciat, instrumentis vel epistolis amicorum juris sui edoctus.« Also kann auch der nach den in jure geschlossenen Verhandlungen erkannte Irrthum einen Widerruf begründen.

[10]) C. Error facti. 7. C. Cum testamentum. 8. C. de jur. et fact.

Das Auffallende der Geltung und der Unwiderruflichkeit auch unwahrer Antworten findet drittens seine Erklärung darin, daß man sie als freiwillig und absichtlich gegeben ansah, ihnen daher die Kraft eines vor der Obrigkeit oder dem Richter abgeschlossenen Vertrages beilegte [11]).

Aus dieser Vertragseigenschaft nun folgt zunächst, daß die einräumende Antwort eine zu Recht bestehende Handlung, also von einem Solchen ausgegangen sein muß, der nicht bloß im Allgemeinen die Fähigkeit zu Rechtshandlungen hat, sondern sich auch selbstständig durch sie verpflichten kann. Und das kann unter Andern der Pupille ohne den Tutor nicht [12]). Es folgt daraus ferner, daß die Antwort frei abgegeben, nicht erzwungen [13]), nicht erschlichen [14]) oder, wie schon nachgewiesen ist, nicht aus Irrthum gegeben sein darf. Andere kann man insbesondere auch nicht durch seine Antwort ohne ihre Anwesenheit oder speziellen Auftrag verpflichten [15]); sondern Jeder muß für sich selbst antworten [16]).

Was die Rechte angeht, worüber durch die Antwort verfügt werden soll, so ist selbstredend, daß sie nicht bloß eine dem Antwortenden zuständige, sondern auch eine solche sein müssen, worüber er verfügen kann. Das kann aber unter Anderm Niemand über seine Freiheit [17]), über seinen Körper [18]), und über die Ehe [19]).

Als unerläßliches Erforderniß an den Zugeständnissen wird vorausgesetzt, daß sie gerichtlich, das heißt, vor dem rechtmäßigen Magistrate

---

ignor. (l. 18.): »Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet. Nam causa decisa velamento tali non instauratur.«

[11]) Fr. De aetate. l. § 9. D. de interr. in jur. Fr. Donari videtur. 29. pr. D. de donat. (39. 5.): »Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.« §. 1: »Quidam interrogatus, nihil sibi debere tutoris haeredes respondit . . .« C. Ex parte. 3. X. h. t.: » . . . quasi ex contractu obligatur.«

[12]) Fr. Certum confessus. 6. §. 5. D. h. t.

[13]) C. Si quandoque. 1. C. 15. Q. 6. C. Lotharius. 4. §. 1. C. 32. Q. 1.

[14]) C. Si quandoque. 1. pr. §. 4. C. 15. Q. 6: » . . . per metum, aut fraudem, aut per vim . . . . fraude decipiunt . . .«

[15]) Fr. Proinde si. 25. §. 1. D. ad leg. Aqu. (9. 2.): »Si procurator, aut tutor, aut curator, aut quivis alius confitetur, absentem vulnerasse, confessoria in eos utilis actio danda est.« Fr. Certum confessus. 6. §. 4. 5. D. h. t.

[16]) Fr. Si sine interrogatione. 9. §. 3. 4. D. de int. in j.

[17]) Fr. Libertas. 106. D. de R. J.: »Libertas inaestimabilis res est.« C. Liberos. 39. C. de libert. caus. (7. 16.)

[18]) Fr. Cum liberi hominis. 7. D. de his, qui effud. (9. 3.): » . . . liberum corpus nullam recipit aestimationem.«

[19]) C. Super eo. 5. X. de eo, qui cogn. (4. 13.)

oder Judex Statt finden. Ohne dieses Erforderniß können sie die gesetzlichen Folgen nicht haben [20]).

5. Hier stellt sich noch die Frage ein, ob die in Abwesenheit des andern Theiles gerichtlich abgegebene Antwort eine gültige und verpflichtende sei. Nach römischem Rechte war sie das nicht; doch genügte die Anwesenheit des Bevollmächtigten, des Tutors oder des Curators. Als Grund wird angegeben, daß Niemand einem Abwesenden verurtheilt werde [1]); dieses selbst aber beruhte auf der Einrichtung, daß alle gerichtliche Handlungen in Gegenwart der Parteien vorgenommen werden mußten. Daher konnte in Abwesenheit eines Theiles nicht bloß kein Urtheil verkündet, sondern auch kein Zeuge vernommen werden. Zu solchen gerichtlichen Haupthandlungen ist indessen die wirkliche Anwesenheit nicht mehr erforderlich, wohl aber die Vorladung zu denselben. Und so dürfte unbestreitbar die gerichtlich abgegebene Antwort auch in Abwesenheit des andern Theiles gültig sein, wofern dieser dazu gerichtlich vorgeladen wäre.

6. Die andere Aenderung im Gerichtsverfahren, daß der Unterschied zwischen den Verhandlungen vor dem Magistrate und jenen vor dem speciell bestellten Judex, mithin auch zwischen dem jus und dem judicium aufhörte, hatte ebenfalls Einfluß auf die gerichtlichen Beantwortungen. Indem dadurch die einzelnen Richter, vermöge des ihnen übertragenen Amtes eine eigene Gerichtsbarkeit erhielten, standen sie in Beziehung auf gerichtliche Untersuchungen den früheren Magistraten gleich, und alle von ihnen vorgenommene Handlungen geschahen eben sowohl in jure, als in judicio. Im kanonischen Rechte werden sie auch als in jure vorgenommen bezeichnet. So ließe sich als möglich erwarten, daß der Unterschied der gerichtlichen Zugeständnisse als Beweis und als Entscheidung wegfiele, und ihnen immer entscheidende Wirkung beigelegt würde. Das geschah indessen nicht; sondern die Ansicht wurde durchgreifend geltend, daß die Zugeständnisse als Beweise zu behandeln seien. Man nannte aber auch auf der andern Seite nicht bloß die Thätigkeit des ordentlichen, sondern auch die des delegirten Richters jus [1]), sah also von dem Unterschiede zwischen jus und judicium ganz ab. Die natür-

---

[20]) C. At si clerici. 4. X. de jud. (2. 1.): »... Sicut enim sententia a non suo judice lata non tenet, ita et facta confessio coram ipso.«

[1]) Fr. Certum confessus. 6. §. 3. D. h. t.: »... nec solet quis absenti condemnari.«

[1]) So sagt Innoc. III. von einem vor den zum Verhöre bestellten Assessoren vernommenen Verklagten in c. Cum super. 2. X. h. t.: »fuit in jure confessus.«

liche Folge davon war, daß auch immer ein Urtheil ergehen mußte und ergehen muß. Man behielt nun zwar die Ausdrücke: »confessus pro judicato habetur«, »confessus sua sententia est damnatus«, bei, faßte sie aber nicht in der alten Bedeutung, sondern als Bezeichnungen der Beweiskraft eines gewöhnlichen Zugeständnisses auf.

7. Alles bisher von den Zugeständnissen Bemerkte gilt auch von den eigentlichen Geständnissen, so weit sie sich auf Civilsachen beziehen. Denn in den Gesetzesstellen ist confessio in der doppelten Bedeutung gebraucht und in allen solchen Angelegenheiten ist es für die rechtliche Beurtheilung gleichgültig, ob Jemand durch Rechtsverhältnisse belastet oder eines Vortheils verlustig ist, oder aber sich freiwillig eines Rechtes und einer Freiheit begibt. An und für sich aber und als Beweismittel betrachtet, ist das Geständniß einer eigenen Beurtheilung zu unterziehen.

8. Das Geständniß ist nämlich, wie schon angedeutet, die Aeußerung über die Wirklichkeit einer Thatsache, deren Unbekanntsein zu wünschen man ein Interesse hat, oder haben kann. Das Interesse kann erregt sein durch die Vorstellung von dem eigenen oder von fremdem Wohl oder Uebel. Hier wird es gedacht als durch die Vorstellung von dem Nachtheile oder dem Uebel des Gestehenden selbst erregt. Der Wunsch des Geheimbleibens entspringt aus der Vorstellung und der sie begleitenden Furcht, durch das Bekanntwerden gehe ein Gut verloren oder trete ein Uebel ein. Der Gegenstand des Bekanntmachens ist aber im Prozesse nicht eine fremde, sondern eine eigene, den Aeußernden selbst angehende Thatsache, und zwar namentlich eine rechtliche Verpflichtung oder ein Verantwortlichsein durch eigenes Handeln. Das Geständniß ist mithin ein im Bewußtsein von daraus für den Aeußernden entspringendem Uebel, wozu auch ein Verlust gehört, über die eigene Verpflichtung und Verantwortlichkeit gerichtlich abgegebenes Zeugniß. Als Aussage über eine Thatsache steht das Geständniß jedem andern Zeugnisse gleich; es hat aber vor ihm den Vorzug der unmittelbaren Kenntniß von der selbsteigenen und im unmitelbaren Bewußtein bestehenden und davon ausgehenden Thatsache, da jedes andere Zeugniß nur eine mittelbare, von einer außer dem Aussagenden vorgegangenen Thatsache gewonnenen Kenntniß mittheilt. Schon diese unmittelbare Kenntniß gibt ihm also größere Zuverlässigkeit. Als gerichtliches Geständniß theilt es mit jedem gerichtlichen Zeugnisse die Vermuthung größerer Zuverlässigkeit als in dem Bewußtsein und in der Anerkennung der ganz speziellen Verpflichtung zur Wahrheit der Aussagen vor dem die höchste Rechtsauktorität

vertretenden Richter abgelegt; seine Zuverlässigkeit wird aber dadurch weit über die des Zeugnisses erhöht, daß es nicht schlechtweg mit dem Bewußtsein des daraus entspringenden, sondern mit der Gewißheit der Unvermeidlichkeit des Uebels vor der richterlichen Gerechtigkeit abgelegt wird. Dem gerichtlichen Geständnisse wird also mit Recht als Beweismittel ein größeres Gewicht beigelegt, als dem Zeugenbeweise [1]). Gesetzlich steht es jedem andern vollen Beweise an entscheidender Beweiskraft gleich [2]). Im Strafverfahren reicht aber das eigene Geständniß zu einer Verurtheilung nicht hin, wenn nicht, die nothwendigen Erfordernisse vorausgesetzt, wenigstens Verdachtsgründe hinzukommen [3]).

9. Mit dem Begriffe des Geständnisses und der wesentlichen Voraussetzung seiner Zuverlässigkeit ist es gegeben, daß es keinen Glauben finden kann, so weit es zum Vortheile des Erklärenden gereicht. Denn dann kann es zwar ein Bekenntniß sein, das an sich wahr sein und von dessen Inhalt auch der Bekennende wohl wünschen mag, daß er nicht bekannt werde, doch auf Glaubwürdigkeit keinen größeren Anspruch hat, als jede andere vortheilhafte Aeußerung und jedes Zeugniß in eigener Sache. So weit das Geständniß Handlungen Anderer betrifft, ist es nur ein Zeugniß über äußere Thatsachen und als ein solches zu beurtheilen [1]).

10. Von dem gerichtlichen Zugeständnisse kann zwar nicht im Allgemeinen behauptet werden, daß sein Inhalt, wie der des Geständnisses,

[1]) Pirrh. h. t. n. 19: »Porro nulla est major probatio, quam proprii oris confessio; ideoque dicitur plenissima probatio et superat omne genus probationis, etiam per testes et instrumenta factas.«

[2]) C. Servos. 8. C. ad leg. Jul. de vi. (9. 12.): »Servos, qui fecisse violentiam confessionibus testium, aut propriis docebuntur.« C. Qui sententiam. 16. C. de poen. (9. 17).: ». . . aut sua confessione, aut certe . . . convictus.« C. At si clerici. 4. X. de jud. (2. 1.): ». . . si convicti fuerint vel confessi.« C. Quaesitum est. 10. X. de cohab. cler. (3. 2.). Tit. 8. §. 2. Not. 6.

[3]) Fr. In criminibus. 1. §§. 17. 27. D. de quaest. (48. 18.) Gl. zu c. un. C. de conf. (7. 49.) v. solvere: ». . . in criminali (causa) non statur statim confessioni, imo volens perire potest defendi, nec habendae sunt confessiones reorum pro exploratis facinoribus ... condemnatur ergo reus, si perseverat in confessione.«

[1]) Tit. 10. §. 8. — Die bisher besprochenen Erfordernisse hat die Glosse zu c. Ex parte. 3. X. h. t. v. confessus zusätzlich so zusammen gestellt:

»Major, sponte, sciens, contra se, ubi jussit, et hostis,
Certum, lisque favor, jus nec natura repuguet.«

Das certum bezieht sich auf den Inhalt des Geständnisses, der ein genau bestimmter sein muß, damit das Geständniß als Judikat gelten kann. Fr. Certum confessus. 6. D. h. t.

immer ein Uebel zur Folge haben kann, um dessen willen er ihn geheim gehalten wünscht; doch ist er immerhin für die Aeußernden entweder durch Absprechen eines Rechtes oder durch Zusprechen einer Schuld, culpa, belastend. An beiden darf daher gerechter Weise nichts erweitert und nichts eingeengt werden. Ist der Inhalt nicht klar und verständlich, so nämlich, daß man nicht mit Sicherheit erkennt, was ausgesagt und gestanden ist, oder ist er unbestimmt, so daß er ungewiß läßt, was denn eigentlich anerkannt oder eingestanden ist; so darf sich der Richter so wenig, als der Gegner, auf eine Erklärung oder auf eine Erörterung zur genaueren Bestimmung einlassen, sondern sie sind nur berechtigt, auf nähere Aeußerungen zu dringen [1]), und nöthigen Falles wie gegen einen Ungehorsamen vorzugehen [2]). Mit gleicher Gerechtigkeit müssen auch modificirte Antworten behandelt werden.

11. Eine Antwort kann den Satz des Gegners schlechtweg und ohne Einschränkung einräumen und so ein einfaches Zugeständniß oder Geständniß, confessio pura, simplex, sein, oder ihn beschränken und so die Belastung mildern oder ganz ablehnen. Ein Geständniß der zweiten Art nennt man ein qualificirtes, conf. qualificata. Ein gewöhnlich neben andern angeführtes Beispiel ist die Einräumung eines Vertrages, jedoch mit der Beschränkung, daß er ein bedingter sei [1]).

Ein solches gerichtlich abgegebenes Geständniß könnte nicht als Beweis zur Grundlage der Verurtheilung des Antwortenden ohne Berücksichtigung des beschränkenden Beisatzes dienen, weil dies eine ungerechte Erweiterung desselben wäre. Zur Gewinnung einer gerechten Entscheidung nun käme es, da eine Vertragspflicht feststeht, darauf an, wer den beschränkenden Theil, ob der Antwortende, oder ob der Kläger, zu beweisen hätte. Muß es der Antwortende, so nennt man dieses Untheilbarkeit des Geständnisses, muß es der Kläger, so heißt es Theilbarkeit des Geständnisses. Richtiger dürfte sein, es Untheilbarkeit oder Theilbarkeit der Beweislast zu nennen. Wann die eine oder die andere Statt findet, muß die dem Richter vorliegende Streitsache selbst angeben.

Betrachtet man die Antwort unseres Beispiels ihrer angedeuteten Form nach, so erscheint die beigefügte Beschränkung als eine Exception,

---

[1]) Fr. Certum confessus. 6. §. 1. D. h. t.

[2]) Fr. De aetate. 11. §§. 4. 5. 7. D. de interr. in jure. (11. 1.)

[1]) J. H. Böhmer. Jus eccles. h. t. §. 2. ff. Pirrh. Jus canon. h. t. §. 14. C. S. Zachariae. Handb. des franz. Civilr. 4. Bd. §. 767.

weßhalb es scheinen könnte, sie müsse von dem Antwortenden selbst bewiesen werden; allein sachlich betrachtet, ist sie nicht eine Einrede des Antwortenden, sondern nur eine Berichtigung der Behauptung des Klägers zu seiner Klagebegründung. Denn dieser behauptet, seine Forderung beruhe auf einem reinen, einem unbedingten Versprechen. Und dieses so beschaffene Versprechen ist sein eigentlicher Klagegrund und nach der römischen Klageformel der Inhalt der Demonstration [2]). Diesen Klagegrund hat aber der Kläger zu beweisen, und die Antwort des Verklagten würde richtiger sein, wenn sie den Klagegrund einfach bestritte, ohne den wahren anzugeben. Daher kann bei diesem Beispiele von Theilung der Beweislast nicht die Rede sein [3]); die erhaltene Entgegnung in der Form einer Einrede enthebt den Kläger nicht des Beweises seines Klagegrundes. — Das Bemerkte ist auch für ein zweites Beispiel entscheidend.

Eine zur Constituirung einer Leibrente entrichtete Summe wird als ein Darlehn zurückgefordert. Diesen, ebenfalls in die Demonstration gehörigen Klagegrund muß selbstverständlich der Kläger nachweisen, und die in der Form einer Einrede gemachte Entgegnung, die Summe sei nicht als ein Darlehn, sondern zum Erwerbe einer Rente überzählt worden, kann ihn nicht von der Beweislast befreien. Diesem gemäß hat Innocenz III. in einem gleichartigen Falle erkannt.

Ein auf Wahrung der bischöflichen Rechte gar wachsamer Erzbischof von York benutzte die Erledigung eines Archidiakonates, um das damit seit langer Zeit verbundene Recht der Besetzung kirchlicher Aemter davon loszutrennen und an sich zu bringen, und behauptete nach erfolgter Ernennung des Archidiakons, er habe sich das Besetzungsrecht, welches den Archidiakonen immer nur persönlich wäre zugestanden worden, vorbehalten. Weil der ernannte Archidiakon noch nicht in den Besitz seines Amtes eingesetzt war, stellte er, aus Besorgniß, der Erzbischof möchte die Einführung in die Länge schieben, die Behauptung nicht ausdrücklich in Abrede, sondern gab eine ausweichende Antwort. Seitens des Erzbischofes war also der Klagegrund, die Berechtigung sei eine persönliche, nicht eine sachliche; nur dem jedesmaligen Archidiakon, nicht dem Archidiakonate sei das fragliche Recht übertragen worden, und machte den

---

[2]) B. 2. T. 1. §. 3.

[3]) C. Cum Joannes. 10. X. de fide instr. (2. 22.) enthält ein Beispiel eines bedingten Vertrages, und es heißt darin vom Kläger: »venditionem non conditionalem, sed puram proposuit exstitisse, ad hoc probandum publicum exhibens instrumentum.«

Inhalt der Demonstration aus, gehörte wenigstens in sie. Innocenz III. entschied, der Erzbischof hätte die persönliche Uebertragung zu beweisen [4]).

Ein drittes Beispiel ist etwas verschieden. Statt der zugesagten 50 Thaler, werden deren 100 gefordert. Hier ist das Klageobject ein anderes und somit die Intention und in dessen Folge zugleich die Demonstration des Klägers zu bekämpfen. Niemand kann einen Zweifel haben, daß der Kläger seine gestellte Forderung beweisen müsse, und zwar hier eben so wenig, als wenn er ein Grundstück statt eines verkauften Hauses forderte. An dieser Beweislast könnte die Antwort des Verklagten, er hätte zwar eine Geldsumme, jedoch nur eine kleinere versprochen, nichts ändern.

So kann in allen Fällen der besprochenen Art an eine Theilung des Geständnisses oder der Beweiskraft nicht gedacht werden. In den Fällen, welche jenen gegenüber gestellt werden, ist das Rechtsverhältniß ein ganz anderes. Gesteht der Verklagte die Abschließung eines Vertrages, vermöge dessen der Kläger eine Forderung von 100 Thalern hat, ein, behauptet aber die ganze oder theilweise Zahlung; so steht durch das Geständniß im ersten Satze der Klagegrund und mit ihm die Intention des Klägers fest, der zweite Satz aber stellt eine neue, von der Vertragsabschließung ganz verschiedene Thatsache zur Schwächung der Intention und zur Erleichterung des Verklagten auf, deren Nachweise nur ihm, nicht ihr Gegentheil dem Kläger, zugemuthet werden kann. Das abgelegte Geständniß wird also nicht getheilt, sondern nur eine neue entlastende Thatsache behauptet und bewiesen. Räumt ferner der Verklagte das abgeschlossene Rechtsgeschäft ein, behauptet aber die ungültige Abschließung, so macht er eine besondere, den Kläger belastende Thatsache, des Betruges oder eines andern Umstandes, geltend, die er selbst zu beweisen hat [5]). Ganz so verhält es sich auch, wenn der Verklagte die ehrenkränkende Handlung gesteht, zu seiner Vertheidigung aber beifügt, er habe nicht in beleidigender Absicht gehandelt.

12. Ueber die Form des Geständnisses, ob es nur mündlich oder auch schriftlich und durch Zeichen geschehen kann, besteht keine Vorschrift. Einer solchen bedarf es auch nicht, da nicht zweifelhaft sein kann, daß es abgelegt werden könne, wie jeder Vertrag abgeschlossen werden kann.

13. Da einem außergerichtlichen mündlichen Geständnisse die Voraussetzungen eines gerichtlichen abgehen, so können ihm auch nicht die näm-

---

[4]) C. Cum venissent. 6. X. de instit. (3. 7.)

[5]) Tit. 6. §. 8.

lichen Eigenschaften beigelegt werden [1]) und es kann weder die nämliche Beweiskraft, noch auch dieselbe Unwiderruflichkeit haben. Auch das vor dem incompetenten Richter abgelegte hat sie nicht [2]). Wäre außergerichtlich einem anwesenden Gläubiger in Gegenwart von Zeugen in Ernst und unter Angabe des Entstehungsgrundes ein Schuldbekenntniß abgelegt, so würde dieses allerdings gegen den Bekenner beweisen und nach Analogie der schriftlichen Schuldbekenntnisse behandelt werden [3]). In Strafsachen gibt ein außergerichtliches Geständniß keinerlei Beweis [4]).

Zehnter Titel.

Zeugen *).

1. Das praktisch wichtigste und am häufigsten angewandte Beweismittel [1]) ist die gerichtliche Aussage von Zeugen über Thatsachen, von welchen sie persönlich Kenntniß gewonnen haben. Sein Gewicht beruht auf der Voraussetzung der Wahrheitsliebe und der Gerechtigkeit der Zeugenden gegen ihre Mitmenschen und die ganze Gesellschaft und ihrer pflichtmäßigen Achtung vor der höchsten Auktorität, vermöge welcher Pflichten sie auf gerichtliche Aufforderung nach bestem Gewissen nur Wahres aussagen. Um ihren Aussagen die mögliche Zuverlässigkeit zu sichern, wer-

---

1) Fr. Procuratore. 22. in f. D. de interr. in jure. (11. 1.): »... respondit, ab his, qui in jure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse.«

2) C. At si clerici. 4. X. de jud. (2. 1.) — In c. Per tuas. 10. X. de prob. (2 19.) hob das spätere gerichtliche Geständniß das frühere außergerichtliche unter den besondern Umständen nicht auf. Gl. v. infirmare: »... favore filiationis potius statur communi opinioni et nomini utriusque parentis.«

3) Fr. Cum de indebito. 25. §. 4. D. de prob. (22. 3.) C. Generaliter. 13. C. de non numer. pec. (4. 30.) C. Si cautio. 14. X. de fide instr. (2. 22.) — Die c. Generaliter. 13. C. ist in c. Per tuas. 10. X. de prob. Not. 2. auf ein außergerichtliches Geständniß angewandt, also dieses mit einem schriftlichen Schuldbekenntnisse analog behandelt.

4) C. Olim. 25. X. de rescr. (1. 3.)

*) De testibus et attestationibus. X. (2. 20.) — in 6. (2. 10.) — Clem. (2. 8.) — De testibus. (22. 5.) — C. (4 20.)

1) Fr. Testimoniorum. 1. pr. D. de test. (22. 5.): »Testimoniorum usus frequens ac necessarius est, et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat.«

den ihre Pflichten durch Eidesleistung geschärft, so daß ihr Zeugniß zugleich eine Handlung mit und aus Ehrfurcht vor Gott wird.

Nach den Rechten aller gebildeten Völker liefert die übereinstimmende Aussage zweier vereideter Zeugen, welche die gesetzlichen Eigenschaften besitzen, testes legitimi, und gegen welche also keine zu Recht bestehende Ausstellung vorgebracht werden kann, testes classici, testes omni exceptione majores, im Strafrechte sowohl, als in Civilsachen, einen vollen Beweis[2]).

2. Da die Zeugen über wahrgenommene Thatsachen aussagen sollen, so müssen sie körperlich und geistig zur Wahrnehmung der zu bezeugenden Thatsachen befähigt sein. Wem diese Fähigkeit abgeht, kann von der Sache keine Kenntniß haben und ist zum Zeugniß absolut unfähig.

Wie der Taube und Stumme nicht über Gehörtes[1]), so können Blinde nicht über Gesehenes als Zeugen zugelassen werden.

Rasende und Wahnsinnige sind zwar der physischen Eindrücke von äußeren Vorgängen empfänglich, werden sich deren aber nicht als solcher bewußt, wenn sie nicht lichte Augenblicke hatten, und können darüber kein Zeugniß ablegen[2]). Ihnen stehen Unmündige, impuberes, in so fern nahe[3]), als ihnen die geistige Reife zur richtigen Auffassung und sicheren Erkenntniß einer Begebenheit in der Regel nicht mit

---

[2]) Deuter. 17, 6. 19, 15. Matth. 18, 16: »... ut in ore duorum vel trium testium stat omne verbum.« Joan. 8, 17. II. Cor. 13, 1. Hebr. 10, 28. Fr. Ubi numerus. 12. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 26. C. 4. Q. 3. C. Jurisjurandi. 9. §. 1. C. h. t. in c. Si testes. 3. §. 38. C. ead. C. Admonere. 8. C. 33. Q. 2: »... nec ulla divina humanaque lex unius testimonio etiam idoneo quempiam condemnat vel justificat.« C. Veniens. 10. C. Licet universis. 23. C. Cum a nobis. 28. C. Licet ex quadam. 48. X. h. t.: »... cum secundum ordinem solitum judiciorum non sufficiat unius testis assertio, etiam si praesidiali refulgeat dignitate.« Vgl. c. Inprimis. 7. §. 12. 13. C. 2. Q. 1.

[1]) §. Testes. 6. J. de testam. ord. (2. 10.): »... neque mutus, neque surdus ... possunt in numerum testium adhiberi.«

[2]) Fr. Qui testamento. 20. §. 4. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.): »... furiosus ... si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest.« §. Testis. 6. J. de testam. ord. (2. 10.)

[3]) Fr. Testium. 3. §. 5. Fr. Inviti. 19. §. 1. D. h. t. §. Testes. 6. J. de testam. ord. C. Testes. 1. C. 4. Q. 3: »... Ad testimonium autem infra annos quatuordecim aetatis suae non admittantur.« Gl. zu fr. Testium. 3. §. 5. D. h. t. v. impuberes: »Nota ergo, non posse ferre testimonium minorem XIV. vel XII. annis.«

der erforderlichen Sicherheit zugetraut werden kann[4]), daß auf den Grund ihres Zeugnisses über Rechte Anderer abgeurtheilt werden dürfte. Dazu kommt, daß ihnen der geistigen Unreife wegen vor zurückgelegtem vierzehnten Jahre der Eid nicht zugemuthet werden kann, und sie noch nicht eidesmündig sind[5]). Im Accusationsverfahren werden sie auch nach erlangter Pubertät vor zurückgelegtem zwanzigsten Lebensjahre vom Ankläger nicht herangezogen[6]); wohl aber in Civilsachen, weil sie das Gesetz hierin nicht ausschließt[7]). Aus diesem Grunde können sie in diesem Alter nach erlangter Pubertät und vor dem zwanzigsten Jahre, in Civilsachen auch zum Zeugnisse über früher Wahrgenommenes zugelassen werden[8]), und dann haben sie zugleich eine Reife gewonnen, daß sie die Wichtigkeit ihres Zeugnisses würdigen und selbst erkennen können, ob sie das Wahrgenommene gehörig aufgefaßt haben. Denn eine physische Unfähigkeit zur Wahrnehmung und zum Bezeugen von Thatsachen kann überhaupt nicht jedem Unmündigen ohne Ausnahme zugeschrieben werden, und es läßt sich dafür keine Grenze nach Jahren ziehen. Sind indessen Unmündige der Pubertät näher, als der Kindheit, so bleiben ihre Aussagen nicht unberücksichtigt, gelten aber nicht als Zeugnisse, sondern nur als Indicien[9]).

---

[4]) Fr. Impuberes. 10. D. de jur. et fact. ignor. (22. 6.): »Impuberes sine tutore agentes, nihil posse scire intelliguntur.« Fr. Pupillus. 9. D. de acquir. haered. (29. 2.): »Pupillus . . . quamvis non videatur scire, neque decernere talis aetas potest, non magis quam furiosus.«

[5]) C. Parvuli. 14. C. 22. Q. 5: »Parvuli, qui sine rationabili aetate sunt, non cogantur jurare.« C. Pueri. 15.: »Pueri ante annos quatuordecim non cogantur jurare. Puella quoque . .« C. Honestum. 16. C. ead: » . . . pueri ante annos quatuordecim non cogantur jurare.«

[6]) Fr. In testimonium. 20. D. h. t.: »In testimonium accusator citare non debet eum, . . . qui minor viginti annis erit.«

[7]) Fr. Testimonium. 1. §. 1 D. eod: »Adhiberi quoque testes possunt, non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus . . . et hi, quibus non interdicitur testimonium.«

[8]) Gl. zu fr. Testium. 3. §. 5. D. eod. v. impuberes: » . . . Sed quaeri consuevit, an factus pubes possit reddere testimonium de his, quae vidit in pupillari aetate. Videtur, quod non . . . Sed tu dic contra, secundum Joan. nam non prohibetur, ergo admittitur.«

[9]) Gl. zu fr. Inviti. 19. §. 1. D. eod. v. sed nec pupilli: » . . . videtur fallere, si est proximus pubertati et doli capax . . . . Sed non erit per hoc testis, sed facit aliquod indicium.« — Ueber das Zeugniß der Sklaven: Fr. Servi. 7. D. eod. in c. Si testes. 3. §. 9. C. 4. Q. 3. Nov. 90. c. 6. Auth. Si testis. c. 11. C. h. t. C. Servos. 8. C. eod. in c. Si testes. 3. §. 36. C. 4. Q. 3.

3. Andere sind nicht absolut vom Zeugnisse ausgeschlossen, wohl aber können spezielle Gründe ihre Glaubwürdigkeit schwächen, oder ihr Zeugniß als unsittlich erscheinen lassen. Diese Gründe sind immer solche, die einen Verdacht gegen die Wahrhaftigkeit rechtfertigen, und sie können an und für sich sittliche oder unsittliche sein.

Aus einem sittlichen Grunde, der Zuneigung und Liebe nämlich, ist das Zeugniß der Kinder für ihre Eltern, und umgekehrt, der Eltern für ihre Kinder verdächtig[1]). Das Zeugniß der Eltern und Kinder gegen einander ist unnatürlich und widerstreitet so sehr der Pietät, daß dessen Zulassung, auch wenn sie wollten, eine Betheiligung an dem Widerstreite so zarter Gefühle des menschlichen Gemüthes wäre, die der öffentlichen Sittlichkeit nachtheilig werden müßte[2]). Zum Bezeugen der Familienverhältnisse indessen sind sie die tauglichsten[3]). In dem Verhältnisse von Eltern und Kindern aber stehen alle Ascendenten und Descendenten zu einander[4]), sowohl von mütterlicher, als von väterlicher Seite. Da die natürliche Liebe als die wirksame Ursache vorausgesetzt wird, so ändert die Emancipation an den gegenseitigen Beziehungen nichts, auch gelten die gesetzlichen Bestimmungen von bloß natürlichen Kindern[5]) und vom Adoptivvater und Adoptivsohne, so lange die Adoption besteht. — Seitenverwandte und Verschwägerte sind in Civilsachen für oder gegen einander vom Zeugnisse

---

[1]) C. Super eo. 22. X. h. t.: »... cum mater filiae incrementum et honorem videtur diligere ... testimonium ejus videtur suspectum.« Fr. Testis. 9. D. eod: »Testis idoneus pater filio et filius patri non est.«

[2]) C. Parentes. 6. C. eod. in C. Si testes. 3. §. 34. C. 4. Q. 3: »... nec volentes admittendi sunt.« Fr. Testium. 3. §. 5. in f. D. eod: »Nam quidam propter reverentiam personarum ... admittendi non sunt ad testimonii fidem.«

[3]) C. In litteris. 24. X. h. t. C. Videtur. 8. X. qui matr. accus. poss. (4. 18.) Gl. zu c. Super eo. 22. X. h. t. v. cum mater: »... Pater et mater et caeteri consanguinei bene admittuntur ad conjungendum matrimonium, sive etiam ad disjungendum propter consanguinitatem favore matrimonii ... illi etiam sunt caeteris praeferendi.«

[4]) Fr. Appellatione. 51. Fr. Justa interpretatione. 201. Fr. Liberorum. 220. D. de V. S. (50. 16.) Fr. Quicunque. 4 §. 2. D. de in j. v. (2. 4.) Gl. zu c. Parentes. 6. C. h. t. v. parentes: »accipe in infinitum ... sive sint liberi in potestate sive non, cum parens dicatur etiam mater et avus.« — Fr. Adoptivum. 8. pr. D. de in jus voc. (2. 6.)

[5]) Gl. zu c. Parentes. 6. C. h. t. v. adversus se: »... Sed quid in filio naturali? Respon. idem.«

nicht ausgeschlossen[6]); allein im Accusationsverfahren werden die Verwandten bis zum dritten Grade nach kanonischer Computation und die Verschwägerten des Accusators nicht zugelassen[7]), weil sie durch die Verbindung mit diesem verdächtig sind. Ob und in wie fern die verwandtschaftliche Verbindung bei Untersuchungen beider Art einen Zeugen verdächtige, hat der Richter zu ermessen.

Die enge Verbindung zwischen den Eheleuten ist in gleicher Weise ein Verdächtigungsgrund des Zeugnisses für einander, obgleich ihrer keine ausdrückliche Erwähnung geschieht. Dazu kommt gegen das Zeugniß der Frau, daß sie unter der Herrschaft des Mannes steht, welche Abhängigkeit ihr Zeugniß noch mehr verdächtigt[8]), sodann, daß Beide gegenseitige Hausgenossen sind[9]). Der Verbindung der Brautleute mit einander wird die nämliche Wirkung beigelegt.

Die gegenseitige Zuneigung, die unter den Hausgenossen als Regel anzunehmen ist, schwächt die Glaubwürdigkeit ihres Zeugnisses. Hausgenossen aber sind, außer Weib und Kindern, auch die Uebrigen, familiares, welche zur Haushaltung gehören und in einer gewissen Abhängigkeit von dem Hausherrn stehen[10]). Dieser Abhängigkeit wegen sind bei Accusationen die Zeugen unzuläſſig, die der Accusator aus

---

[6]) Gl. zu c. Consanguinei. 1. C. 3. Q. 5. v. Parentes: »... sed in civilibus, ut dicunt, licite admittitur contra fratrem frater, et pro ipso, quia nulla lege est prohibitum .... Videtur, quod in civili causa admittuntur consanguinei rei, sive propinqui, sive remoti in testimonium.«

[7]) C. Consanguinei. 1. C. 3. Q. 5: »Consanguinei accusatoris adversus extraneos testimonium non dicunt.« Gl. v. Parentes: »... potest tamen dici, quod collaterales admittantur post tertium gradum, ea ratione, quia ad quartum gradum illum non cogantur inter se dicere testimonium.« C. Accusatores. 12. C. ead. C. Testes. 1. C. 4. Q. 2. — C. Absens. 18. C. 3. Q. 9: »Absens per alium accusari, aut accusare non potest, nec affinis testis admittitur.«

[8]) Fr. Idonei. 6. D. h. t.: »Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant.« In c. Si testes. 3. §. 8. C. 4. Q. 3., wo die Glosse v. imperari folgert: »ergo uxor non erit testis pro marito, quia ei subjecta est.«

[9]) C. Etiam. 8. C. h. t.: »Etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur.« In c. Si testes. 3. §. 31. C. 4. Q. 3., wo die Glosse v. Etiam jure civili bemerkt: »Quid in viro et uxore? Dic, quod sunt domestici.« Die Randglosse fügt bei: »Idem dicendum est in sponsa et concubina, quae non distat ab uxore in affectu animi, sed solum in honore.«

[10]) C. Etiam. 3. C. h. t. Not. 9. Die Glosse bemerkt dazu n. 3. »domestici testes sunt, qui in eadem domo nobiscum habitant et quibus imperare possumus.«

seinem Hause vorführt [11]). Ob und in wie fern sie übrigens im Civilverfahren Glauben verdienen, hat der Richter zu ermessen [12]). In Geschäften und Angelegenheiten, die solche Hausgenossen speziell besorgten, sind gerade sie die besten Zeugen [13]).

Einen ähnlichen Verdacht veranlaßt die Freundschaft gegen das Zeugniß für den Freund [14]), ohne daß jedoch deßhalb der Freund immer kann abgewiesen werden, indem es auf seinen Charakter und darauf ankommt, daß er für fähig gelten kann, die Freundschaft über Wahrheit und Gerechtigkeit siegen zu lassen [15]).

Endlich können Advokaten und Prokuratoren in Sachen, in denen sie ihren Clienten Beistand geleistet haben, nicht Zeugniß geben [16]). Der Grund ist nicht lediglich in der Voraussetzung der Liebe für die Sache und den Clienten, sondern auch in der Sicherung des ihnen geschenkten Vertrauens zu suchen. Daher kann auch kein Unterschied gelten, ob er für seinen Clienten, oder für den Gegner als Zeuge in einer höheren Instanz auftritt [17]), und das Gesetz stellt einen solchen

---

[11]) Fr. Testes eos. 24. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 18. C. 4. Q. 3: »Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogare non placuit.« C. Consanguinei. 1. C. Accusatores. 12. C. 3. Q. 5. C. Testes autem. 1. C. 4. Q. 3.

[12]) C. In litteris. 24. X. h. t.: ». . . nec contra ipsos aliquos audias, nisi probatae essent vitae et opinionis, de quibus verisimile non esset, quod deberent pro aliquo dejerare.«

[13]) C. Super prudentia. 1. C. 14. Q. 2: ». . . hi potissimum assumendi sunt.«

[14]) C. Quatuor. 78. C. 11. Q. 3: »Quatuor modis pervertitur humanum judicium: timore . . . cupiditate . . . odio . . . amore, dum amico vel propinquo complacere contendimus.« Fr. Testium. 3. pr. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 2. C. 4. Q. 3: ». . . in persona eorum exploranda erunt in primis . . . utrum quis . . . amicus ei, pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium . . . propter causam, quod . . . neque gratiae . . . causa sit, admittendus est.«

[15]) C. Eos testes. 5. C. h. t. in c. Si testes. 3. §. 33. C. 4. Q. 3: »Eos testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet, qui omni gratiae et potentatui fidem religioni judiciariae debitam possint praeponere.«

[16]) Fr. Mandatis. 25. D. h. t.: ». . . Praesides attendant, ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant.« In c. Si testes. 3. §. 19. C. 4. Q. 3. C. Statutum. 38. C. 2. Q. 6. u. Gl. v. Praeses: »id est, praesidium ferens, i. advocatus vel assessor.« C. Insuper. 6. X. h. t. u. Gl. in cas.: ». . . non potest quis in eadem causa esse procurator et testis.«

[17]) C. Romana. 3. h. t. in 6. (2. 10.): ». . . qui appellantis procurator vel advocatus in priori judicio fuerat, non recipiatur in testem.« Die Glosse fügt

nicht auf, sondern verbietet das Zeugniß. Willigten beide Theile in die Zulassung ein, so wäre, so weit es sie angeht, das Bedenken gehoben [18]).

4. Wegen Verdachtes aus unsittlichen, und zwar zunächst der Liebe entgegengesetzten Gründen können Feinde gegen einen Feind als Zeugen abgewiesen werden, wenn eine Kapitalfeindschaft zwischen ihnen besteht [1]). Das Obwalten einer solchen wird angenommen, wenn eine Kapitalanklage zwischen Beiden anhängig ist [2]), wenn der Zeuge den Stand, status, des Andern gerichtlich angriff [3]), oder mit Andern gegen ihn conspirirte [4]); bei einer Anklage gegen ihn Zeugniß abgelegt [5]), oder

v. in testem bei: »Intellige pro ipso appellante; nam pro appellato bene recipietur.« Diesen Unterschied macht das Gesetz nicht.

[18]) Durant. sagt lib. 1. par. 4. de test. §. 1. n. 75: »Quid, si advocatus admittitur a parte, contra quam in testem producitur? Respond.: potest esse testis et cogitur.« Zu fr. Mandatis. 25. D. h. t. Not. 16. lehrt die Glosse v. praestiterunt: ». . . Item quid, si praestitit, et altera pars, contra quam praestitit, postulet eum in testem? Respond.: eum cogendum, quia quod dicitur hic, non dicitur, nisi respectu suae partis, id est, ne postulante sua parte audiatur, scilicet praedicta ratione, ne morte (corrupti testis notam evadere possit) hic autem cessat ille timor et illa ratio.«

[1]) Fr. Testium. 3. pr. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 2. C. 4. Q. 3. Fr. In criminalibus. 1. §. 24. D. de quaest. (48. 18.) C. Accusatores. 2. C. Accusatoribus. 3. C. Suspectos. 4. C. 3. Q. 5. C. Per tuas. 32. X. de sim. (5. 3.)

[2]) Nov. 90. c. 7: »Si vero dicat odiosum . . . et approbaverit statim, quoniam criminalis inter eos lis movetur, non adsit ad testimonium . . . Si vero aliter odiosus esse dicatur, aut conventus pecuniarie, procedat quidem testatio . . .«

[3]) Fr. Si duas. 6. §. 18. D. de excusat. (27. 1.): »Amplius autem absolvitur a tutela, cum quaestionem quis pupillo de statu movet.« Voraufgeschickt ist in §. 17: »Dat remissionem tutelae et capitalis inimicitia a creato facta adversus patrem pupillorum.« Fr. Si inimicitiae. 9. §. 2. D. de his, quae ut indig. (34. 9.): »Si autem status ejus controversiam movit, denegatur ejus, quod testamento accepit, persecutio.« Vorausgegangen ist pr.: Si inimicitiae capitales intervenerunt . . . magis est, ut legatum ab eo peti non possit.«

[4]) C. Conspiratores 5. C. 3. Q. 6: »Conspiratores in nullius accusatione sunt recipiendi.« C. Cum J. et A. 22. X. de sent. et re jud. (2. 27.): ». . . quod illi conspiratores fuerint.« C. Per tuas. 32. X. de sim. (5. 3.): ». . . multas exceptiones opposuit, conspiratores videlicet, inimicitias capitales.« Gl. v. inimicitias: »Propter alias vero non removetur quis a testimonio.« C. Exhibita. 19. X. de jud. (2. 1.)

[5]) Fr. Produci. 23. D. h. t.: »Produci testis non potest, qui ante in eum reum testimonium dixit.« Grat. 2. pars. zu c. Placuit. 2. C. 4. Q. 3.

eine feindselige Handlung gegen ihn begangen hat[6]). Der Verdacht trifft auch die Freunde der Feinde[7]). Indessen darf die Feindschaft nicht als Vorwand mißbraucht werden[8]), also nicht eine leichte, oder nicht jede Uneinigkeit oder Mißhelligkeit als solche gelten[9]), auch nicht jene, wegen welcher eine Versöhnung Statt gefunden hat, und noch weniger eine von dem Beschuldigten absichtlich hervorgerufene, um das Zeugniß zu beseitigen, oder diejenige, die zwischen dem Zeugen und jedem der streitenden Theile besteht. Dieses Alles bezieht sich auf Zeugen bei Anklagen, und nicht in Civilsachen, in welchen diese Einrede nicht so leicht zugelassen wird[10]).

Seitens der Juden, Heiden und Häretiker wird eine solche Feindschaft gegen die Katholiken und zugleich eine Unzuverlässigkeit vorausgesetzt, daß sie gegen sie kein Zeugniß ablegen können[11]).

In Civilsachen und bei Inquisitionen können Laien gegen Geistliche als Zeugen angenommen werden[12]), doch nicht beim Accusationsverfahren[13]), theils weil bei ihnen eine hergebrachte Abneigung angenommen wird[14]), und theils weil es der dem Stande schuldigen Ehrfurcht widerstreitet[15]).

5. Andere machen ihre Sitten als Zeugen überhaupt verdächtig

---

[6]) Wie Gewaltgebrauch in c. Item cum quis. 6. X. de restit. spol. (2. 13.): »... criminaliter adversus eum ante restitutionem agere non potest, cum praesumatur ejus existere inimicus.«

[7]) C. Accusatoribus. 3. C. 3. Q. 5: »Accusatoribus inimicis, vel de inimici domo prodeuntibus, vel qui cum inimicis immorantur ... non credatur.«

[8]) Fr. In criminibus. 1. §. 24. D. de quaest. (48. 18.): »... nec tamen sub praetextu inimicitiarum detrahenda fides quaestionum.«

[9]) Gl. zu c. Cum inter J. et A. 22. X. de sent. et re jud. v. inimicitias. Not. 4. Nov. 90. c. 7. Not. 2. Gl. zu c. Accusatores. 2. C. 3. Q. 5. v. Hesternum: »... Tu dicas, quod semper inimicus repellitur, nisi sint leves et modicae inimicitiae ... et hoc relinquitur inquisitioni judicis.«

[10]) Nov. 90. c. 7.: »... Si vero ... conventus pecuniarie erit, procedat quidem testatio.« Not. 2.

[11]) C. Quoniam. 21. C. de haeret. (1. 5.) Nov. 45. c. 1. C. Alieni. 23. C. Non oportet. 24. C. Pagani. 25. C. 2. Q. 7. C. Judaei. 21. X. h. t. et gl. v. praesumant.

[12]) C. Tam litteris. 33. X. h. t.

[13]) C. De cetero. 14. X. eod.

[14]) C. Clericis. 3. de immun. eccles. in 6. (3. 23.)

[15]) C. Laicos. 5. C. 2. Q. 7.

und unzuläſſig[1]). Dahin gehören, die wegen eines Verbrechens verurtheilt[2]), auch die in Anklageſtand verſetzt ſind,[3]), und Alle, denen ein Verbrechen nachgewieſen werden kann, wenn ſie auch noch nicht in Anklageſtand geſetzt, oder verurtheilt ſind[4]). Die Beſtechung eines Zeugen insbeſondere kann auch noch während des ganzen Verlaufes der Unterſuchung geltend gemacht werden[5]). Im Civilverfahren indeſſen werden die Verurtheilten ſowohl, als Andere, die noch nicht verurtheilt ſind, angenommen, wenn ſie ſich gebeſſert haben und nicht Ehrloſigkeit auf ihnen laſtet, mit Ausnahme der Meineidigen[6]), die nie wieder zum Zeugniſſe und zum Eide zugelaſſen werden[7]).

Verdächtig durch ihre Sitten ſind endlich ſowohl die faktiſch, als die rechtlich Ehrloſen[8]). Die rechtlich Ehrloſen, ſeien ſie es nun durch ihre Handlung oder vermöge eines Richterſpruches, dürfen, auch wenn

---

[1]) Fr. Testium. 3. pr. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 2. C. 4. Q. 3: ». . . an honestae et inculpatae vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis . . . sit.« Nov. 90. c. 1. pr. C. Denique. 1. X. de except. (2. 25.) C. Forus. 10. X. de V. S. (5. 40.)

[2]) Fr. Testium. 3. §. 5. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 2. C. 4. Q. 3: ». . . qui publico judicio damnatus erit«

[3]) Fr. In testimonium. 20. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 13. C. 4. Q. 3: ». . . qui in judicio publico reus erit.« C. Non debet. 56. X. h. t.

[4]) C. Constituimus. 9. C. 3. Q. 5. C. Infames. 17. C. 6. Q. 1. C. Denique. 1. X. de except. (2. 25.): ». . . cum . . . testes absque nlla infamia, vel suspicione, vel manifesta macula in ferendo testimonio requirantur.« C. Super eo. 13. X. h. t.: ». . . testes . . . in causa criminali vel civili, quibus ab adversa parte crimina opponuntur . . . si etiam ante non sunt convicti vel confessi de criminibus illis, dummodo inde convincantur, in testimonium non debent admitti.« C. Personas. 20. X. eod.

[5]) Fr. Testium. 3. §. 5. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 3. C. 4 Q. 3. C. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.): ». . . quia talis exceptio non solum ante, sed etiam post sententiam potest opponi.« C. Sicut nobis. 9. X. h. t.

[6]) C. Testimonium. 54. X. h. t.: ». . . Si vero sit de crimine emendatus et eum non comitetur infamia, non est in causa civili, vel etiam cum de crimine civiliter agitur, praeterquam pro reatu perjurii repellendus.« C. Per tuas. 32. X. de simon. (5. 3.)

[7]) C. Parvuli. 14. C. 22. Q. 5. C. Testimonium. 54. cit. X. h. t. Gl. v. perjurii: »Perjurus enim post quantamcunque poenitentiam ad testimonium amplius non recipitur.«

[8]) Fr. Testium. 3. pr. D. h. t. Not. 1. C. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.): ». . . Quidam . . . quamvis non reprobentur expresse, usque adeo tamen malae famae sunt et levis opinionis, quod eorum dictis nulla vel modica est fides adhibenda.« C. Ex parte. 7. C. Licet ex quadam. 47. C. Testimonium. 54. X. h. t.

keine Einreden gegen sie erhoben werden, vom Richter nicht als Zeugen gegen einen Angeklagten zugelassen werden [9]), wie auch in Civilsachen [10]), wenn sie nicht in ihr früheres Recht wieder restituirt sind. Dasselbe gilt auch von denen, welche durch ein Delikt faktisch ehrlos sind, auch wenn sie sich gebessert haben, so lange ihnen die Makel noch anhaftet. Bei kanonischer Ehrlosigkeit wird diese Makel durch Buße und andauernde Lebensänderung gehoben [11]). Excommunizirte sind als solche [12]) und vermöge der Infamie [13]) vom Zeugnisse ausgeschlossen.

Dürftige Lebensverhältnisse sind an und für sich kein Grund zum Abweisen eines Zeugen, sie verdächtigen aber die Gesinnung, so daß die ehrbaren Sitten nachgewiesen werden müssen, wenn Einspruch erhoben wird [14]).

6. Dem Geistlichen ist das gerichtliche Zeugniß in Strafsachen, deren Ausgang ein Todesurtheil sein kann, untersagt, weil sie dadurch irregulär würden [1]), bei allen Untersuchungen vor dem weltlichen Richter aber, theils weil sie sich nicht in weltliche Händel einlassen sollen,

---

9) Fr. Testium. 3. §. 5. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 3. C. 4. Q. 3: »... quique judicio publico damnatus erit ... qui eorum in integrum restitutus non erit .... admittendi non sunt.«

10) Fr. Testium. 3. pr. D. eod. c. Si testes. 3. §. 2. C. eod: »... an honestae et inculpatae vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis.« C. Nulli. 11. C. 3. Q. 4: »Nulli unquam infami atque sacrilego de quocunque negotio liceat adversus religiosum christianum ... testimonium dicere.«

11) Gl. zu c. Illi. 3. C. 6. Q. 1. v. nisi eis: »arg. tolli infamiam per satisfactionem ecclesiae ... Sed dic, quod canonica infamia per poenitentiam tollitur, sed non illa, quae irrogatur ipso facto vel per sententiam.« — Eingehender ist die Frage in der Lehre über die Infamie zu besprechen.

12) C. Decernimus. 8. de sent. excom. in 6. (5. 11.)

13) C. Infames. 17. C. 6. Q. 1. C. Excommunicamus. 13. §. 5. X. de haeret. (5. 7.)

14) Fr. Testium. 3. pr. D. h. t.: »... vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittant ... Nam si careat suspicione ... quod neque lucri .... causa sit, admittendus est.« Nov. 90. c. 1: »... Et non quosdam artifices ignobiles, neque vilissimos, neque nimis obscuros ad testimonium procedere, sed ut, si qua de eis dubitatio fuerit, possit facile demonstrari testium vita, quia inculpabilis atque moderata est.« C. Inprimis. 7. §. 13. C. 2. Q. 1. C. In nomine. 2. C. Si qui testium. 8. X. h. t.

1) Gl. zu c. Aliquantos. 1. D. 51. v. ad sacerdotium: »Quicunque fuit accusator .... aut testis ... in causa sanguinis, non potest promoveri.« C. Testimonium. 9. C. 11. Q. 1: »Testimonium clerici adversus laicum nemo recipiat.« Gl. v. recipiat: »in causa criminali.«

und theils weil sie nur vor dem geistlichen Gerichte zu gerichtlichen Handlungen angehalten werden können [2]). Daher dürfen sie vor einem solchen ohne Erlaubniß ihres Bischofes kein Zeugniß ablegen [3]), ohne daß jedoch der Mangel dieser Erlaubniß auf das Zeugniß selbst Einfluß hat.

Vermöge der Abhängigkeit von ihren Obern dürfen auch Ordensleute ohne deren Erlaubniß kein gerichtliches Zeugniß ablegen, die aber selbst darauf ebenfalls keinen weiteren Einfluß hat.

7. Nach gemeinem Rechte sind Frauenzimmer in Straffachen wie bei Civilverhandlungen als vollgültige Zeugen zulässig [1]). Das kanonische Recht legt ihnen zwar in Civilsachen volle Glaubwürdigkeit bei, wie auch gegen Verbrecher in Civiluntersuchungen und beim Inquisitions-Verfahren [2]). Bei Accusationen schließt es ihr Zeugniß zwar nicht aus, schreibt ihm aber nicht volle Beweiskraft zu, so nämlich, daß deren zwei keinen vollen Beweis liefern und sie denen von Männern nachgesetzt werden [3]).

8. Der Begriff von Zeugenbeweis setzt voraus, daß das Zeugniß für oder gegen einen Dritten abgelegt wird, und daß es als Beweis dienen soll für die von Jemanden aufgestellte Behauptung, daß mithin

---

[2]) C. Statutum. 38. C. 2. Q. 6.

[3]) C. Quanquam. 2. C. 14. Q. 2.

[1]) Fr. Ex eo. 18. D. h. t. in c. Ex eo. 2. pr. C. 15. Q. 3. Fr. Qui testamento. 20. §. 6. D. qui test. fac. poss. (28. 1.)

[2]) C. Quoniam. 3. X. h. t.: »... necesse est ut cuncta diligentius perscruteris, et seu mulieres, cum quibus peregisse dicitur, seu alios ... festines adducere.« Gl. v. mulieres. C. Tam litteris. 33. X. eod: »... testes non fuere recepti ... ne laici vel feminae in tali reciperentur articulo contra ipsum .... nos ... mandamus, quatenus testes sive laicos sive feminas, duntaxat idoneos, qui ad hoc fuerint probandum inducti, recipiatis legaliter.« C. Super eo. 22. X. eod.

[3]) C. Mulierem. 17. C. 33. Q. 5: »Mulierem constat ... nec docere enim potest, nec testis esse.« Gl. v. nec testis: »In causa criminali, nisi in illis casibus, in quibus infames admittuntur.« C. Ex eo. 2. pr. C. 15. Q. 3. Not. 1: »Ex eo ... colligitur, etiam mulieres in judicio testimonium dicendi jus habere.« Gl. v. testimonium: »Secundum leges mulier in omni causa potest testificari, sive sit civilis, sive criminalis ... secundum canones vero mulier in nullo crimine potest testificari, nisi in exceptis, sed in civilibus potest testificari.« C. Forus. 10. X. de V. S.: »... Testes considerantur .... natura, si vir, non femina. Nam varium et mutabile testimonium semper femina producit.« Gl. v. non femina: »Hoc intellige in crimine ... sed in civilibus ... bene ferunt testimonium ... tamen in crimine excepto admittitur mulier etiam malae famae ad accusationem ... et in inquisitione admittitur ad testimonium sive denuntiationem.« Pirrh. h. t. n. 67. in f. n. 68.

Niemand in eigener Sache Zeuge sein kann [1]). Eigen aber ist eine Sache demjenigen, dem sie gehört, oder dem sie Nachtheil oder Vortheil bringt [2]). Es kann indessen Jemanden aus einem Rechtsstreite näher oder ferner ein Vortheil oder Nachtheil entstehen, ohne daß man die Sache als die seinige bezeichnen könnte: und eine solche Beziehung würde zwar nicht als Zeugen verwerflich, doch aber verdächtig machen. Welche Wirksamkeit dann dem Verdachte beizulegen wäre, müßte aus der Wichtigkeit der Sache selbst und aus der Persönlichkeit des Zeugen ermessen werden. Aus diesem Grunde kann der Ankläger nicht Zeuge sein [3]), und können in Strafsachen Mitschuldige nicht als Zeugen angenommen werden [4]), weßhalb denn das Geständniß des Beschuldigten Andern nicht schadet [5]). Ob und in wie fern demjenigen, der in einer Civilsache ein ihn belastendes Geständniß ablegte und zugleich gegen Andere zeugte, hierin Glauben zu schenken sei, hat der Richter zu beurtheilen [6]). Es kann ferner sogar derjenige nicht als Zeuge gelten, der sich in einer

---

[1]) Fr. Nullus. 10. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 24. C. 4. Q. 3: »Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.« C. Omnibus. 10. C. eod.

[2]) Fr. Si quidem. 1. §. 11. D. quand. appell. sit. (49. 4): ». . . palam est, eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.« Gl. v. in re propria: »principaliter vel secundario.« Gl. v. Si testes. 3. §. 24. C. 4. Q. 3. v. sua: »scil. propria, item nec in communi, quia, quod commune est, utriusque est.«

[3]) C. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1: ». . . diligenter quaerendum est primo, si judicium ordinabiliter est habitum, id est, si alii accusatores, atque alii testes fuerunt.« C. Nullus unquam. 1. C. Nullus introducatur. 2. C. 4. Q. 4.

[4]) Fr. Repeti. 16. §. 1. D. de quaest. (48. 18.): »Is, qui de se confessus est, in caput aliorum non torquebitur« C. Accusationis. 17. in f. C. de accus. (9. 2.): ». . . cum veteris juris auctoritas de se confessos ne interrogari quidem de aliorum conscientia sinat.« C. Quoniam. 11. C. h. t. C. Veniens. 10. X. h. t.: ». . . quod ille, qui eodem erat infectus crimine, inde contra eum testificari non potest, nullique de se confesso adversus alium in eodem crimine sit credendum.« C. Nemini. 5. C. 15. Q. 3. C. Cum monasterium. 1. X. de conf. (2. 18.)

[5]) C. Cum monasterium. 1. X. de conf. (2. 18): ». . . Eos, quorum suggestione scelus homicidii presbyter se perpetrasse proponit, nisi aliis modis verum esse constiterit, nulli censemus poenae subdendos.« Gl. v. confessi: »Nulli ergo de se confesso super crimine aliorum creditur.« Mitschuldige Frauenzimmer gegen Geistliche liefern eine Vermuthung. Gl. c. Quoniam. 3. X. h. t. v. peregisse.

[6]) Fr. Publice Maevia. 26. §. 2. D. depos. (16. 2.)

ähnlichen Lage befindet [7]). Sachen einer Kirche sind aber nicht zugleich Sachen des an ihr angestellten Geistlichen [8]), wie auch Sachen einer Corporation nicht die von einzelnen Mitgliedern [9]).

9. Wegen mehrer dieser Gründe darf der Richter den Zeugen, den sie betreffen, wie erinnert worden ist [1]) nicht annehmen oder doch auf sein Zeugniß kein Gewicht legen; solche Gründe kann auch derjenige, gegen wen das Zeugniß abgelegt werden soll, wie alle andere, durch Exceptionen geltend machen. Gegen diejenigen indessen, die er selbst früher in dem nämlichen oder in einem andern Prozesse vorführte, ist ihm die Einrede nicht gestattet, wofern er nicht nachweis't, daß der Grund erst in der Zwischenzeit eingetreten ist [2]). In Folge der nachgewiesenen Ausstellungen darf der Richter einen Zeugen in so fern nicht zum Zeugnisse zulassen, als er dasselbe nicht als gesetzlichen Beweis behandeln darf, nicht in dem Sinne aber, als sollte er den Zeugen nicht vernehmen dürfen. Denn er kann ihn doch auf nähere Spuren der Wahrheit führen, oder das Zeugniß ihm unter Umständen als Vermuthung dienen [3]), und dasselbe würde auch nur so weit auf das Urtheil vernichtenden oder verdächtigenden Einfluß haben, als es darauf beruhte [4]). Und Beides muß er in einigen Fällen thun, in denen das Gesetz doch die sonst verdächtigen und unzulässigen Zeugen anzunehmen vorschreibt [5]). Das ist

[7]) C Personas. 20 X. h. t.: »...nolumus, ut aliqui consimili morbo laborantes . . . si ab alterutra parte testes adducti fuerint, in testimonium admittantur.« Gl. in cas.: »Nota, quod, qui consimilem causam habet, in causa consimili testis esse non debet«

[8]) C. Super. 1. C. 14. Q. 2. Gl. v. Stephani: ». . . nec videntur isti ferre testimonium in propria causa, quia causa ecclesiae non est in causa singulorum.«

[9]) C. Tertio 5. X. de probat. (2. 19.) Gl. in cas. C. Etsi Christus. 26. in f. X. de jurej. (2. 24.) Gl. in cas. C. Cum nuntius. 12. X. h t.

[1]) §. 2. Not. 1—5. §. 3. Not. 2. 4. 5. §. 5. Not. 4. 6. 7. 9. 12.

[2]) C. Si quis. 17. C. h t. in c. Si testes. 3. §. 42. C. 4. Q 3. Hiezu bemerkt die Glosse v. ostenderit: »Vel etiam infamiam postea contractam,« da die Stelle nur die Feindschaft erwähnt.

[3]) Fr. Testium. 3. §. 3. D. h. t. in c. Si testes 3. §. 28: »... saepe . . . cujusque rei veritas deprehenditur . . . alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem . . . . ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.«

[4]) C. Cum J. et A. 22. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

[5]) Fr. Ob carmen. 21. §. 2. D. h. t. in c. Si testes. 3. §. 17. C. eod. »Si ea rei conditio sit, ubi harenarium testem, vel similem personam ad-

aber immer nur bei gesetzlich ausgezeichneten Delikten, wie bei Majestätsverbrechen, ferner bei Ehebruch und Mißhandlungen der Frau [6]), und zugleich alsdann bloß zulässig, wenn die Wahrheit nicht in anderer Weise vermittelt werden kann [7]). Hierbei ist indessen nicht die Absicht des Gesetzes, daß in diesen Fällen solche Zeugen die gesetzlich untadelhaften vertreten und wie diese einen gesetzlich vollgültigen Beweis liefern könnten. Darüber lautet die kanonische Weisung [8]): »si ex verisimilibus conjecturis, et ex numero testium, aut personarum, tam deponentium, quam eorum, contra quos deponitur, qualitate, ac aliis circumstantiis sic testificantes falsa non dicere praesumantur.« Ihr Zeugniß gilt also nicht unbedingt, sondern nur so weit, als es durch künstlichen Beweis und durch alle Umstände unterstützt wird.

Eilfter Titel.

Erzwingbarkeit des Zeugnisses *).

1. Die Ablegung eines wahren Zeugnisses auf richterliche Aufforderung ist eine allgemeine Menschenpflicht und insbesondere eine Pflicht des Bürgers gegen seinen Mitbürger, der unter dem nämlichen Rechtsschutze steht, und gegen die bürgerliche Gesellschaft, da in den meisten Fällen ohne Zeugnisse der erwartete Rechtsschutz nicht gewährt werden könnte [1])

---

mittere cogimur.« Fr. Servi. 7. D. eod. in c. Si testes. 3. §. 9. C. eod: »Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.«

[6]) Die Nachweise muß den speziellen Lehren über diese Handlungen überlassen bleiben.

[7]) Not. 5. C. In fidei. 5. de haeret. in 6. (5. 2.): ». . . excommunicati et participes vel socii criminis ad testimonium admittantur: praesertim in probationum aliarum defectum contra haereticos.«

[8]) C. In fidei. 5. de haeret. in 6.

*) De testibus cogendis vel non. X. (2. 21.)

[1]) C. Falsidicus. 1. X. de crim. fals. (5. 30.) S. August: «Falsidicus testis tribus personis est obnoxius, primum Deo, cujus praesentiam contemnit, inde judici, quem mentiendo fallit, postremo innocenti, quem falso testimonio laedit. Uterque reus est, et qui veritatem occultat, et qui mendacium dicit, quia et ille prodesse non vult, et iste nocere desiderat.« C. Pervenit. 4. X.

und die ganze Gesellschaft gefährdet würde[2]). Wenn daher der Zweck der gesellschaftlichen Verbindung erreicht werden soll, so muß diese Pflicht erzwingbar sein[3]).

2. Der Zeugenzwang ist indessen nicht unbedingt und unter allen Umständen anwendbar, wie sich schon aus der Erwägung der Zeugenpflicht ergibt. Diese entspringt nämlich einerseits aus dem Bedürfnisse des Zeugnisses zur Handhabung des Rechtes und andererseits darf sie auch nicht mit andern Pflichten in Widerstreit stehen, wie die Erfüllung derselben nicht unbillige Beschwernisse mit sich führen darf.

Kann eine Rechtsfrage durch andere Beweismittel zur Entscheidung gebracht werden, so ist eine Pflicht zum gerichtlichen Zeugnisse nicht als begründet zu erachten, wie sie es auch dann nicht wäre, wenn die Sache keines Beweises bedürfte. Ein solches Bedürfniß setzen auch die Gesetze beim Zeugenzwang voraus[1]), und Alexander III. entschied auf Befragen nach der Anwendbarkeit des Zwanges, eine notorische Thatsache bedürfte keines Zeugenbeweises[2]). Die Beurtheilung, ob ein Bedürfniß

---

h. t. (2. 21.) Alexand. III.: »... ad detegendum tantae fraudis et calliditatis commentum ipsum testem merito compellendum.« C. Venerabilis. 11. X. eod: »... ne pro defectu testium pereat sua justitia.«

[2]) C. Quanquam. 2. in f. C. 14. Q. 2: »... ne veritas occultetur, et malus ut bonus aestimetur ... veritatem attollant.« Gl. v. occultetur: »Istud est regulare, quod in defectum probationum quilibet possit cogi.« C. Ut famae. 35. X. de sent. excomm. (5. 39.): »... cum ... publicae utilitatis intersit, ne crimina maneant impunita.«

[3]) C. Constitutio. 16. C. de test. (4. 20.): »Constitutio jubet, non solum in criminalibus judiciis, sed etiam in pecuniariis unumquemque cogi, testimonium perhibere de his, quae novit, sub sacramenti praestatione.« C. Si quando. 19. C. eod. C. Super his. 8. X. h. t.: »... Ceterum volumus et mandamus, ut ... cogatis testes, qui nominati fuerint, perhibere testimonium veritati.« Gl. v. cogatis: »Hic compelluntur testes in criminibus, et etiam in irregularitate.« C. Pervenit. 5. C Cum contra. 9. X. eod. Gl. v. Compellere. C. Dilectorum. 10. X. eod. Gl. v. Super criminibus.

[1]) Das c. Falsidicus. 1. X. de crim. fal. §. 1. Not. 1. setzt in den Worten: »qui veritatem occultat,« eine unbekannte, also des Beweises bedürftige Sache, das c. Venerabilis. 11. X. h. t. §. 1. Not. 1. in den angeführten Worten den Abgang eines andern Beweises voraus. Ferner: Fr. Testium. 3. §. 6. D. de test.: »... non esse dubitandum, quin evocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit, qui judicat.« C. Cum super causs. 2. X. h. t.: »Cum ... sit testimonium vestrum necessarium, mandamus ... Si vero non veneritis, sciatis, vos ab officio et beneficio ... suspensos.« C. Pervenit. 5. X. eod: »... si veritas aliter elici nequit.«

[2]) C. Super eo. 8. X. h. t. Alex. III. a. 1170.

obwalte, ist zwar Sache des Richters, doch könnte sich der Aufgeforderte durch die Einrede gegen dasselbe den Zwang abwehren.

3. Von dem kirchlichen Standpunkte aus muß auf den aufgeforderten Zeugen, bevor noch von Zwang die Rede sein kann, dahin eingewirkt werden, daß er seiner Pflicht aus sittlichen Beweggründen nachkomme, wie denn insbesondere auch, daß er sich ihr nicht aus unsittlichen Beweggründen entziehen dürfe. Das macht im kanonischen Rechte eine Ermahnung, monitio, nothwendig. Daher fügte Alexander III. in der eben erwähnten Entscheidung bei: »Verum si non est notorium, et is, qui convenitur, factum negaverit, testes, qui interfuerunt facto, (de consuetudine romanae ecclesiae) monendi sunt, non cogendi ad ferendum testimonium veritati, nisi forte timore adversae partis constiterit judici, eos a ferendo testimonio revocari, licet ad hoc passim possint ex juris humani rigore compelli.« In einer andern Weisung äußerte er sich hierüber ausführlicher so [1]: »mandamus, quatenus testes ab alterutra parte in suae assertionis testimonium invocatos, ne veritatem occultent, diligenter moneas et inducas. Si autem odio, vel gratia, vel timore se subtrahant, eos ad ferendum testimonium coram praefatis judicibus . . . ecclesiastica districtione compellas.« Haben die Zeugen sittliche und rechtlich zulässige Gründe zur Ablehnung des Zeugnisses, so sind sie zu ihrer Angabe berechtigt, doch eben so verpflichtet. Können oder wollen sie das nicht, so verhalten sie sich pflichtwidrig und rechtfertigen den Zwang gegen sie [2]. Dieser Zwang selbst nun macht, da er in der

[1]) C. Caussam. 1. X. eod. Alex. III. a. 1170. Eine gleiche Weisung hatte Eugen III. a. 1145. ergehen lassen in c. Ex parte. 7. in f. X. de test.: »... Testes autem, si quos idem A. in suae assertionis testimonium invocaverit, monere nostis (et diligenter inducere, divino intuitu et amore justitiae), ut eorum vobis super his praebeant testimonium veritati (nec quicquam exinde in suae salutis periculum reticere praesumant).«

[2]) Die Glosse lehrt zu der besprochenen Stelle v. Timore: »Tunc enim testes sunt compellendi, alias non videtur, quod compelli debeant . . . ex eo enim, quod non vult ferre testimonium, praesumitur contra ipsum: unde dico, illum statim compellendum, nisi constaret per alios, quod bene possit veritas comprobari.« Hiermit stimmt auch Clemens III. unter Berufung auf das geltende Recht und die gerichtliche Praxis überein in c. Caeterum. 6. X. eod: »Caeterum, quod . . . cogendus sit testis perhibere testimonium veritati, non dubitatur a nobis, cum id tam jus scriptum approbet, quam consuetudo actibus utentium approbata, si ipsum constiterit odio, vel gratia veritatem supprimere, aut timore.«

Anwendung der kirchlichen Censuren besteht, ebenfalls wieder eine Ermahnung nothwendig.

4. Die Anwendung des Zwanges selbst darf ferner nicht eine unsittliche sein. Das wäre sie gegen die absolut oder relativ zum Zeugnisse Unfähigen[1]), außer den gesetzlich ausgenommenen Fällen. Sie würde zwar nicht immer gegen die Unfähigen selber, doch wohl gegen diejenigen ungerecht sein, die dadurch in Nachtheil kommen könnten. Gegen Zeugen insbesondere zum Nachtheile naher Verwandten und Verschwägerten wäre der Zwang unnatürlich und eine Bekämpfung der pflichtmäßigen Verwandtenliebe. Solche Verwandte sind zunächst Alle, die im Verhältnisse von Eltern und Kindern zu einander stehen, das heißt, alle Ascendenten und Descendenten gegen einander, die wie oben bemerkt, nicht einmal, auch wenn sie wollten, zum Zeugnisse wider sich zugelassen werden. Seitenverwandte und Verschwägerte bis zum dritten Grade einschließlich dürfen in Criminalsachen nicht zum Zeugnisse gegen Einen gezwungen werden[2]), was schon voraussetzt, daß sie an und für sich gegen wie für Einen zulässig sind[3]). Hierin werden der Bräutigam und der Vater der Braut gegenseitig als Verschwägerte angesehen[4]). In noch engerer Verbindung stehen Eheleute mit einander, um so weniger ist das Zeugniß des Einen gegen den Andern erzwingbar[5]).

5. Als unsittlich müßte ferner der Zwang bezeichnet werden, wenn das Zeugniß einer speziellen Pflicht widerstritte. In ein solches spe-

---

[1]) Tit. 10. §§. 2. 3.

[2]) Fr. Lege Julia. 4. D. de test. in c. Si testes. 3. §. 4. C. 4. Q. 3: »Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosve, qui priore gradu sunt.« Fr. Juris consultus. 10. pr. D. de grad. (38. 10.) Fr. In criminibus. 1. §. 10. D. de quaest. (48. 18.): »Nec fratrem quidem in fratris (caput) . . . quod in eum, in quem quis invitus testimonium dicere non cogitur, in eum nec torqueri debet.« Gl. zu c. Consanguinei. 1. C. 3. Q. 5. v. Parentes: ». . . Contra collaterales enim non cogitur quis testificari usque ad quartum gradum.«

[3]) T. 10. §. 3. Gl. zu c. Si testes. 3. §. 4. C. 4. Q. 3. v. ne invito: »volens ergo admittitur.«

[4]) Fr. In legibus. 5. D. de test. in c. Si testes. 3. §. 7. C 4. Q. 3: »In legibus, quibus excipitur, »ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur,« generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet, item soceri sponsae patrem.«

[5]) Pirrh. l. 2. tit. 21. 11. 23.

zielles Pflichtverhältniß können Aerzte, Advokaten und ganz besonders Seelsorger versetzt werden, welche vermöge ihres Berufes verpflichtet sind, Allen zur Ertheilung von Rath und Beistand zugänglich zu sein, von Allen aber im Vertrauen auf ihre Verschwiegenheit angegangen und in die innersten persönlichen und Familien-Verhältnisse eingeweiht werden. Diese Alle würde der Zwang zur Verletzung einer speziellen Pflicht nöthigen. In der nämlichen Lage befindet sich ein vertrauter Freund seinem Freund gegenüber [1]). Bei Beichtvätern ist diese Pflicht eine noch unverletzbarere, da sie nicht nur an Gottes Stelle zu Gericht sitzen, und ihnen nicht nur unter dem Siegel der Verschwiegenheit das Innere des Beichtenden eröffnet wird, sondern ihnen auch jede Mittheilung von dem Sündenbekenntnisse unter Strafe untersagt ist [2]).

In den angegebenen Verhältnissen erhalten die Personen Kenntniß von geheimen Thatsachen auf einem erlaubten und rechtmäßigen Wege, und gegen sie macht ihre Pflicht den Zwang unzulässig. Wer nun erst durch eine rechtswidrige Handlung, durch eine dem Andern zugefügte Rechtsverletzung nämlich, wie durch Erbrechung der Briefe, oder durch Gewaltanwendung gegen ihn, zur Kenntniß einer geheimen Thatsache gelangte, würde durch die weitere Mittheilung die Rechtsverletzung fortsetzen, oder eine neue begehen, wozu ihn keine rechtliche Gewalt nöthigen kann [3]).

Alle Andere hingegen, die weder vermöge speziellen Vertrauens, noch auch durch ein Unrecht Thatsachen kennen lernten, stehen in keiner Beziehung, die sie zur Geheimhaltung so verpflichten könnte, daß der Zwang gegen sie unerlaubt würde. Sie können aber auch eine solche Pflicht nicht freiwillig eingehen, die einmal erlangte Kenntniß auf gerichtliche Aufforderung zu verschweigen, und selbst der Eid, kein Zeugniß ablegen zu wollen, wäre ungültig [4]). Denn schon vor dem

---

[1]) Laym. Theol. mor. lib. 3. tr. 6. c. 4. §. 9. III. Pirrh. loc. cit. n. 12. Secundo. Daß Hausgenossen gegen den Hausherrn Zeugniß ablegen sollen, ist oft dem bessern Gefühle eben so anstößig, als von Freunden gegen den Freund.

[2]) C. Sacerdos. 2. D. 6. de poenit. C. Omnis utriusque. 12. X. de poenit. (5. 38.)

[3]) Laym. l. c. IV. Pirrh. l. c. Tertio.

[4]) C. Pervenit. 4. X. h. t. (2. 21.) Der wegen Simonie Angeklagte hatte einen Zeugen so zu verpflichten versucht. Der Versuch wurde als unerlaubte Entziehung der Beweismittel aufgefaßt, und der Zwang als zulässig erklärt. Es heißt darüber: »Nos igitur attententes, quod nemo debet adversario instrumenta, quorum appellatione testes

Erwerbe der Kenntniß waren sie verpflichtet, auf richterliches Befragen die Wahrheit zu sagen, und jede entgegengesetzte Zusage wäre pflichtwidrig.

6. Da nach dem älteren römischen Rechte das Zeugniß immer persönlich vor dem Gerichte abgelegt werden mußte, so schloß der Zeugenzwang zunächst die Nöthigung, vor dem Richter zu erscheinen, und sodann die, das Zeugniß abzulegen, mithin zwei Handlungen ein, die an sich ganz verschieden sind und von uns getrennt gedacht zu werden pflegen, seit das persönliche Erscheinen vor Gericht nicht mehr unbedingt erforderlich ist. Aus der Verbindung beider entwickelten sich die ferneren, von dem Zeugenzwange noch geltenden Lehren.

Der Zwang, vor dem Gerichte persönlich Zeugniß zu geben, würde für weit Entfernte, für Greise und Kränkelnde, für Abwesende in Angelegenheiten des Staates oder aus andern gerechten Ursachen, für Beamten und Soldaten, oft ungerecht oder doch unbillig gewesen sein [1]). Diese sind in so fern Privilegirte. Zu ihnen kamen später in hohem Ansehen stehende Personen, illustres et qui supra illustres sunt [2]), Bischöfe [3]), Klosterfrauen [4]) und Arme [5]).

7. Von dem Zeugenzwange behaupten Verschiedene eine Abweichung des kanonischen Rechtes von dem römischen darin, daß es ihn beim accu-

---

continentur, subtrahere, et quod tam ille, qui surripit instrumenta, quam qui adversario parem advocationis copiam subtrahit, iniquam ostendit a se litem foveri, et experiri debet in se judicis auctoritatem elusam, respondemus, ad detegendum tantae fraudis et calliditatis commentum, ipsum testem merito esse compellendum.» Die Glosse erklärt den Eid als unerlaubt und ungültig: v. juramento: »quod fuit temerarium et illicitum, et ideo non servandum; unde non obstante tali juramento compelli debet, ferre testimonium super negotio principali.« C. Venerabilis. 11. X. eod. et Gl. v. juramento absolvant. C. Intimavit. 18. C. Constitutis. 45. X. de test.

[1]) Fr. Testium. 3. §. 6. D. de test.: »Testes non temere evocandi sunt per longum iter, et multo minus milites avocandi sunt a signis vel muneribus.» Fr. Inviti. 8. D. eod. in c. Si testes. 3. §. 10. C. 4. Q. 3: »Inviti testimonium dicere non coguntur senes, valetudinarii, vel milites, vel qui cum magistratu reipublicae causa absunt, vel quibus venire non licet.» Fr. Inviti. 19. pr. D. eod. in c. Si testes. 3. §. 11. 12. 13. C. eod.

[2]) C. Constitutio. 16. C. de test. C. Cum judices. 2. §. 1. C. de jurejur. (2. 59.)

[3]) Nov. 123. C. 7.

[4]) C. Mulieres. 2. §. 1. de jud. in 6. (2. 1.)

[5]) C. Si qui testium. 8. X. de test.

satorischen Verfahren nicht zulasse. Die eigentliche Quelle dieser Ansicht sind die Glossatoren, deren einige diese Aenderung in einem Erlasse von Honorius III. suchten und fanden. Die Decretalen enthalten mehre Stellen von der Anwendung des Zwanges bei Accusationen und darunter auch eine von Honorius III. selbst. Die eine ist die oben [1]) theilweise aufgenommene von Alexander III., eine andere ist die ebenfalls schon ausgehobene von demselben [2]) gelegentlich einer Accusation wegen Simonie und Ehebruchs, eine dritte ist eine Weisung von Clemens III. zur Untersuchung einer Anklage wegen einer schweren Injurie gegen einen Geistlichen [3]), eine vierte ist die spezielle Antwort von Innocenz III. auf die Anfrage, ob die bei der übertragenen Untersuchung wegen einer Fälschung eines apostolischen Erlasses zu vernehmenden Zeugen zum Zeugnisse gezwungen werden sollten [4]), und die von Honorius III. ist dessen Entscheidung, wie wegen einer Verschwörung gegen die Zeugen vorzugehen sei, die sich zu einem Eide der Verschwiegenheit hatten verleiten lassen [5]). Diesem und Anderem, das hier übergangen werden kann, gegenüber nun behauptet die Glosse, in der von ihr interpretirten Stelle [6]) habe Honorius III. ein neues Recht geschaffen [7]).

In einer vor den Apostolischen Stuhl gebrachten Sache hatten die Prokuratoren beider Parteien über verschiedene Kapitel Litiscontestation eingegangen. In Folge derselben bestellte Honorius zwei Delegaten mit dem Auftrage des Zeugenverhöres. Dieser Auftrag lautet: »Testes (autem), qui fuerint nominati, praeterquam super criminibus, si se gratia, odio, vel timore subtraxerint, per censuram ecclesiasticam (cessante appellatione) cogatis veritati testimonium perhibere.« Zu dem Zwischensatze: »praeterquam super criminibus«, findet die Glosse die Constituirung des neuen Rechtes.

Es handelte sich hier also um die Beweisaufnahme in einer Civil-

---

[1]) §. 3. C. Super eo. 3. X. h. t.

[2]) §. 5. Not. 4. C. Pervenit. 4. X. eod. §. 1. Not. 1.

[3]) C. Pervenit. 5. X. eod., wo es von den Zeugen, die bei der Mißhandlung zugegen waren, heißt: »hi . . . ad illud sunt per censuram ecclesiasticam compellendi.«

[4]) C. Cum contra. 9. X. eod: » . . . testes . . . per censuram ecclesiasticam debes . . . compellere veritati testimonium perhibere.«

[5]) § 1. Not. 1. C. Venerabilis. 11. X. eod: » . . . per censuram ecclesiasticam, appellatione remota, cogatis illos.«

[6]) C. Dilectorum. 10. X. eod.

[7]) Ibid. v. Super criminibus: » . . . et sic Papa providet novum jus.«

sache, wie auch die Glosse annimmt und nachweist[8]). Wie der Streit zu der Erwähnung der Verbrechen Anlaß gab, läßt sich aus der Stelle nicht entnehmen. Die Glosse vermuthet, die Bemerkung beziehe sich auf die zur Abweisung der Zeugen gegen sie eingewendeten Verbrechen, und zieht daraus den Schluß, daß wegen Verbrechen die Zeugen nicht zum Zeugnisse gezwungen werden dürften[9]). Hierbei verwechselt sie die Zeugen in der Hauptsache mit den Zeugen für die Exceptionen, indem sie davon ausgeht, die Zeugen über die eingewendeten Verbrechen, also die Zeugen gegen die beschuldigten Zeugen, dürften nicht gezwungen werden. Das mag richtig sein; daraus aber folgt noch nicht, daß überhaupt Zeugen gegen Verbrecher nicht dem Zeugenzwange dürften unterworfen werden. Denn die Frage, ob in einer Civilsache die Gegenzeugen zum Zeugnisse eines Verbrechens der Hauptzeugen zu nöthigen sind, ist ganz verschieden von der andern, ob die Hauptzeugen gegen einen Verbrecher es seien. Und nach diesem Letzteren wird gefragt, nicht nach dem Ersteren. Die Voraussetzung selbst aber, daß sich der Ausnahmesatz auf die den Zeugen vorgeworfenen Verbrechen beziehe, ist willkürlich. Näher liegt die Annahme schon vermöge der Satzverbindung, daß er in den Kapiteln der Litiscontestation berührte Verbrechen betrifft. Da diese nun nicht bekannt sind, so ist eine besondere Schlußfolgerung unstatthaft, und Vermuthungen wären werthlos. Die Stelle enthält überhaupt von dem Rechtsfalle zu wenig Angaben und ist dadurch zu unbestimmt, als daß eine sichere Folgerung für unsere Frage daraus gewonnen werden könnte. Das Unsichere derselben spricht auch schon die Ueberschrift aus: »Non summatur propter varietatem lecturarum, nec etiam dividitur.« So entbehrt die ganze Argumentation der Glosse der Grundlage. Was nun auch immer Honorius III. zu dem beschränkenden Satze veranlaßt haben mochte, so kann doch eine absichtliche Aufhebung einer seit vielen Jahrhunderten geltenden Rechtsnorm und Gerichtspraxis, welche er selbst noch in so bestimmter Weise anerkannt und ausgesprochen hat, durch einen beiläufigen Wink in dem einfachen Auftrage eines speziellen Zeugenverhöres nicht angenommen werden. Daß auch bei der Aufnahme der Stelle in die Dekretalen-Sammlung die Absicht nicht gewesen ist, ihr in dem

---

[8]) Ibid: »... non poterat agi criminaliter in hac decretali, sed civiliter.«

[9]) Ibid: ». . . sic necesse est, ut dicamus, quod hic objiciebantur crimina testibus, ut a testimonio repellerentur, et ideo dicit, cogatis testes, scilicet qui nominati fuerint, praeterquam super criminibus. Ideoque dicendum est, quod super criminibus testes compellendi non sunt, sive directe agatur de crimine, sive civiliter.«

Sinne der Glosse Geltung zu verschaffen, zeigt schon die angegebene Ueberschrift, wogegen alle zu den oben angeführten Kapiteln auf einen Zeugenzwang »etiam in criminali« lauten. Zu andern Stellen lehrt auch die Glosse selbst unbedingt: »testes compellendos esse in criminibus [10]).

8. Man kann hiernach die Zeugen überhaupt betrachten als gesetzlich zulässige oder unzulässige, und als vom Zwange freie oder nicht freie [11]).

Zwölfter Titel.

Zeugniß. Form. Inhalt.

1. Die Ablegung des Zeugnisses setzt eine gerichtliche Aufforderung voraus. Sie hat Einfluß auf den Zeugen selbst und auf seine Aussage. Denn nicht jede Aufforderung kann den Zeugen verpflichten, zu äußern, daß und welche Kenntniß er von einer Thatsache hat, sondern nur diejenige, die in sich selbst die ihn verpflichtende Gewalt trägt. Und eine solche ist nicht auch schon jede, die von einem Richter ausgeht, wenn er nicht der, sowohl in Beziehung auf die Sache, als auf die Person, competente ist. Er kann keine verpflichtende Aufforderung stellen. Daher könnte um so weniger ein Zeugenzwang Statt finden.

Der an sich competente Richter ist es aber nicht schon sofort über jede Begebenheit von einem rechtlichen Charakter, wenn sie nicht in der gesetzlichen Weise seiner Competenz wirklich unterworfen, und er zum richterlichen Einschreiten aufgefordert, oder wenn die Sache nicht gesetzmäßig bei ihm anhängig ist. Also nur in einer rechtmäßig anhängigen Sache kann die Aufforderung des competenten Richters verpflichten. Da nun eine Sache, die entweder ganz geheim, oder nur Wenigen bekannt ist, noch nicht gerichtlich anhängig sein kann, so kann der Richter auch keine Befugniß haben, darüber ein Zeugniß zu

[10]) So zu c. Super eo. 8. X. eod. v. cogatis und zu c. Venerabilis. 11. X. eod. in cas. Gonz. Tell. zu diesem Kapitel. §. 8.

[11]) Fr. Testimonium. 1. §. 1. D. de test.: »Adhiberi quoque testes possunt .... hi, quibus non interdicitur testimonium, nec ulla lege a dicendo testimonio excusantur.«

fordern, mithin auch Niemand zur Leistung verpflichtet sein [1]). Eine Pflicht zum Bekennen könnte nur in der Sache selbst wegen ihrer allgemeinen Gefährlichkeit gegeben sein; allein das wäre dann keine Pflicht zum Zeugnißablegen, sondern zur Anzeige, die in ein anderes Gebiet gehört.

Hieraus ist ersichtlich, von wie großem Einflusse die Berechtigung des Richters auf das Zeugniß selbst und auf die Glaubwürdigkeit seines Inhaltes ist. Denn wenn der Zeuge nicht eine Pflicht hat, die Wahrheit zu sagen, so geht seiner Aussage eine wesentliche Gewähr ihrer Glaubwürdigkeit ab. Der Zeuge ist dann zwar nicht berechtigt, die Unwahrheit zu sagen, doch fehlt es Andern an einem speziellen Grunde, das, was er aussagt, für wahr zu halten; er kann wenigstens noch immer, obgleich nicht im Sinne des Fragenden, doch in seinem Sinne Wahrheit sagen, auf die es nicht ankommen kann. Außer dem aber, daß dem Zeugnisse an sich innere Gewähr abgeht, ist es zugleich nicht ein gesetzlich abgelegtes, und ihm geht daher auch die gesetzliche Beweiskraft ab [2]).

Als ein nicht gesetzlich abgelegtes ist auch das Zeugniß eines nicht dazu gerichtlich vorgeladenen und aufgeforderten Zeugen ein ungültiges und ein solcher Zeuge ein verdächtiger [3]).

2. Das Zeugniß muß persönlich und mündlich abgegeben werden [1]). Schriftliche Zeugnisse gehören mehr zum Urkundenbeweise; ihnen geht die Unmittelbarkeit und damit das Ueberzeugende der persönlichen Aussage ab, sie sind Zeugniß von den Gedanken des Ausstellers, nicht dessen unmittelbarer Ausdruck, und nur schwache Vertreter des Zeugen selbst. Die Gesetze verlangen ihn: er selbst soll in seiner Persönlichkeit der Wahrheit Zeugniß geben und dafür einstehen, und auf den Grund bloß

---

[1]) S. Thom. 2. 2. Q. 70. in sum.: »Superiori testimonium exigenti secundum ordinem juris de manifesto crimine, cum infamia ante laboraverit reus, semper debet subditus in judicio interrogatus veritatem respondere.«

[2]) Wie ein ohne Vorladung der Partei abgelegtes Zeugniß ein ungültiges ist, worüber es in c. In nomine. 2. in f. X. de test. heißt: »... quod quia hic omissum est, necesse est, ut, quod contra legem actum est, non habeat firmitatem.«

[3]) Gl. marg. zu fr. Post legatum. 5. §. 10. D. de his, quae ut indig. (34. 9.) v. adjuvaverunt: »Testimonium a non citato dictum non valet: hujusmodi enim testis non citatus deponens redditur suspectus.« Fagnan. c. Nullus. 1. X. de regular. (3. 31.) n. 34.

[1]) C. Constitutio. 16. C. de test: ». . . cogit eos propria voce testimonium ferre.« C. Testes. 15. C. 3. Q. 9: »Testes per quamcunque scripturam

schriftlicher Zeugnisse kann kein gültiges Urtheil ergehen [2]); eine Forderung, die psychologisch und praktisch sich selbst rechtfertigt.

3. Vor Ablegung des Zeugnisses muß ferner der Zeuge nach vorgängiger Ermahnung [1]) einen leiblichen Eid auf das Evangelium schwören, allgemein, was er von der Sache wisse, oder speziell auf die vorgelegten Fragen nach Wahrheit auszusagen [2]). Ohne diesen Eid gebricht dem Zeugnisse nicht allein die gesetzliche Form, sondern auch eine wichtige Bedingung der Glaubwürdigkeit, und es hat nicht die gesetzliche Beweiskraft [3]). Und diese erlangt es ohne den Eid nicht durch das Ansehen und die Würdigkeit des Zeugen [4]). Nur in Privatsachen kann er von der Gegenparthei, so weit sie über das streitige Recht verfügen kann, erlassen werden [5]).

---

testimonium non proferant, sed praesentes de his, quae noverunt et viderunt, veraciter testimonium dicant.«

[2]) Not. 1. Fr. Testium. 3. §. 3. D. de test: »Idem Divus Hadrianus ... rescripsit, testibus se, non testimoniis crediturum.« C. Sola testatione. 4. C. de test. in c. Si testes. 3. §. 32. C. 4. Q. 3: »Sola testatione prolatam, non aliis legitimis adminiculis causam approbatam, nullius esse momenti, certum est.« C. Tua nos. 8. X. de cohab. cleric. (3. 2.): » . . . ad condemnationem eorum sola testimonia non sufficiunt, cum non sit testimoniis, sed testibus judicandum.« C. A nobis. 2. X. qui matrim. accus. (4. 18.): » . . . quod in talibus, nisi quantum ad praesumptionem, nullius momenti est conscriptio, quoad sententiam proferendam, nisi alia legitima adminicula suffragentur.«

[1]) Tit. 11. §. 3.

[2]) C. Cum dilecti. 18. X. de accus. (5. 1.)

[3]) C. Constitutio. 16. C. de test.: »Constitutio jubet ... cogi testimonium perhibere de his, quae novit, cum sacramenti praestatione, vel jurare, se nihil compertum habere.« C. Hortamur. 20. C. 3. Q. 9: »Hortamur . . . faciatis . . . vestris praesentari conspectibus, tactis sacrosanctis evangeliis, praestito etiam legaliter sacramento, quae in veritate rerum noverunt, professione suae testificationis aperiant.« Nach der Nov. 123. c. 7. und Authent. Sed judex. c. 7. C. de episc. (1. 3.) schwören die Bischöfe »propositis sanctis evangeliis, secundum quod decet,« ohne dessen körperliche Berührung den Zeugeneid.

[4]) C. Nuper. 51. X. de test.: » . . . respondemus, quod nullius testimonio, quantumcunque religiosus existat, nisi juratus deposuerit, in alterius praejudicium debet credi.«

[5]) C. Tuis quaestionibus. 39. X. eod: »Monachi vero . . . testes in causis propriis producere absque juramenti exhibitione non possunt, nisi forte a parte remittatur adversa.« Gl. v. remittatur: »Et sic patet, quod juramentum testis potest remitti . . . Sed nunquid juramentum istud potest remitti in causa matrimoniali de consensu partium? Dico quod non.«

Die Eidesleistung und die Zeugenaussage sind mithin so miteinander verbunden, daß diese ohne jene, wo sie nicht erlassen wird, ungesetzlich ist; daß sie aber in dieser Aufeinanderfolge Statt finden; und der Eid auch nach dem Zeugnisse abgelegt werde, ist an und für sich außerwesentlich, doch nicht genau nach Vorschrift und gegen die kanonische Praxis [6]), die auch psychologisch betrachtet als die richtigere erscheint.

4. Die Eidesabnahme und das Verhör vor Gericht und unmittelbar durch den Richter selbst ergab sich aus dem bloß mündlichen Verfahren, wobei die Verhandlungen nur zu ihrer Nachweise schriftlich aufgenommen wurden. Das persönliche Verhören hatte zugleich für den urtheilenden Richter den großen Vortheil, daß er durch Fragestellungen in das Zeugniß größere Bestimmtheit, genauere Bezeichnungen und mehr Klarheit bringen konnte, als durch schriftliche Aufnahme eines Dritten möglich ist, und daß er aus den persönlichen Erklärungen des Zeugen, aus den sicheren und mit der Entschiedenheit der innern Ueberzeugung und der Gewissenhaftigkeit abgegebenen Aussagen und aus dessen Persönlichkeit und seinem Verhalten einen Eindruck aufnehmen konnte, der auf seine Ueberzeugung von einem durch keine Schrift zu ersetzenden Einflusse war. Dessen ungeachtet ist jetzt dieses mündliche Verfahren nicht wesentlich. Je mehr das schriftliche Verfahren Eingang fand und durch die kaiserlichen Appellationen unerläßlich und Bedürfniß wurde, desto mehr nahm das Vernehmen durch Dritte zu [1]).

5. Mit dem mündlichen Verfahren hing auch die Vornahme der Eidesleistung und des Verhöres in Gegenwart des Gegners, oder beider Parteien zusammen. Das war auf der einen Seite nothwendig, damit der Betheiligte zu seiner Vertheidigung gegen Person und Aussagen die ihm zu Gebote stehenden Einreden geltend machen konnte, andererseits hingegen hatte es den Nachtheil, daß das ganze Verfahren in die Hände des Einen gelegt war, so daß er es beliebig verlängern konnte. Dieser

[6]) C. Jurisjurandi. 9. pr. C. de test. in c. Si testes. 3. §. 37. C. 4. Q. 3: »Jurisjurandi religione testes, prius quam perhibeant testimonium, jamdudum arctari praecipimus.« C. Nullam. 3. §. 1. C. 2. Q. 4: »Et prius ad sacra Christi quatuor evangelia sacramenta praestent.« C. Fraternitatis. 17. in f. X. de test.: ». . . receptis prius ab ipsis, secundum formam recipiendorum testium, juramentis.«

[1]) In c. Constitutio. 16. C. de test. heißt es in Betreff der Privilegirten: »Constitutio . . . mitti ad eos jubet procuratores partium, ut apud eos deponant, quae noverint, vel dejerent, quae ignorant:« von schriftlichen Verhandlungen ferner: »Eodem procul dubio observando et in testimonio, quod in gestis fit.« Nov. 9. c. 5.

Mißstand führte zu dem Auswege, daß der Theil, den es anging, zur Anwesenheit bei jenen Handlungen vorgeladen wurde, diese dann aber auch ohne ihn vor sich gingen. Wie daher früher die Anwesenheit erforderlich war, so hing nun die Gültigkeit des Verhörs von der Vorladung ab [1]). Das Zeugenverhören in Beisein des Gegners hat eine empfehlende, doch unter Umständen auch seine bedenkliche Seite. Die Nothwendigkeit der Anwesenheit kann an und für sich nicht behauptet werden. Nothwendig ist nur, daß derjenige, gegen den das Zeugniß abgelegt ist, von dessen Inhalt und Urheber Kenntniß erhält und sich überzeugt, daß der Zeuge gerichtlich und nach abgeleistetem Eide verhört worden ist. Das führte zur abgesonderten Vernehmung eines jeden einzelnen Zeugen für sich, und so blieb die gesetzliche Vorschrift dahin in Geltung, daß die Vorladung zur Anwesenheit bei der Eidesleistung geschehen muß [2]).

---

[1]) Nov. 90. c. 9: ». . . laesi aut damnificati, testes volentes producere, ut non in posterum opponantur eis, quae ab una parte gesta sunt, oportet etiam illum in ea civitate constitutum, in qua testationes dantur, admonitum a judice . . . praesentem esse et audire testationem. Si vero noluerit advenire, sed respuerit, ut ex hoc ab una parte testimonia dentur, ut secundum hoc ipsum inutilia essent: sancimus, hujusmodi attestationes ita tenere, ac si non ex una parte constitutae sint, sed tanquam eo praesente factae sint.« Authent. Sed et si quis. C. Si quando. 19. C. de test. C. In nomine. 2. X. de test. S. Gregor. a. 603: ». . . lege noscendum est constitutionis novellae . . . ut testimonia dentur, illo admonito a judice . . . venire et audire testes . . . . Ecce admonendus semper est adversarius, ut ad audiendos testes veniat; quod quia hic omissum est . . . non habeat firmitatem.« §. 1. Not. 2. C. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1. S. Greg. a. 603: ». . . causarum qualitas examinanda est, . . . si eo praesente, qui accusatus est, sub jurejurando contra eum testimonium dictum est.« Gl. v. si eo praesente.

[2]) Die c. Nullum. 14. C. de test. verpflichtet Jeden ohne Rücksicht auf sein Privilegium des Gerichtstandes zur Ablegung eines Zeugnisses und, als wenn er jenes Privilegium hinter sich zurückgelassen hätte, in das Gerichtslokal des Richters einzutreten, »judicantis intrare secretum.« Tit. 4. §. 8. Not. 9. Hierzu bemerkt die Randglosse: »Examinatio testium partibus praesentibus non fit,« und verweist auf die Glosse zu c. Quia propter. 42. X. de elect. (1. 6.), welche v. secrete so lautet: »Sicut testes in secreto deponere debent, ut liberius dicant veritatem, alias non valet dictum testis,« und auf c. Nullum. 14. cit. hinweist. Zu c. In nomine. 2. cit. Not. 1. bemerkt die Glosse v. audire: »Non est ita intelligendum, ut audiant testes, cum deponant dictum suum, cum in secreto et sigillatim sint recipiendi . . . sed audire debent testes, id est, videre et audire eos jurantes, et post publicationem videre et audire dicta ipsorum poterunt . . . et hoc regulare est.« C. Venerabili. 52. in f. X.

6. Von dem Inhalte des Zeugnisses wurde bisher bloß angenommen, daß eine Thatsache bezeugt werden solle. Auch hier ist ein Mehres darüber nicht zu sagen. Es kann zwar auch darüber, daß der Zeuge von einer Sache keine Kenntniß habe, oder daß er eines Deliktes nicht schuldig sei [1]), zum Zeugnisse und zum Eide aufgefordert werden; dann aber ist eben das Nichtwissen und das Nichtschuldigsein die zu bezeugende Thatsache. Es kann ferner über eine, zwar nicht persönlich wahrgenommene, doch von Andern gehörte Thatsache [2]), über die eigene Meinung oder über die Ansicht Anderer [3]) ein Zeugniß abgelegt werden, wo denn das Gehörthaben und das Vorhandensein der Meinung oder das Fürwahrhalten den zu bezeugenden Gegenstand ausmacht.

Von diesem verschiedenen möglichen Inhalte des Zeugnisses darf selbstredend eben so wenig der eine mit dem andern verwechselt werden, als wenn der wegen zu bezeugenden Mordes vorgeladene Zeuge über Diebstahl Zeugniß ablegen sollte. Hieraus ergibt sich die Regel, daß das Zeugniß in dem Sinne und in dem ganzen Inhalte, in welchem es verlangt worden ist, abgelegt werden muß. Der über begangenen Mord vereidete Zeuge kann nicht auch als vereideter Zeuge über begangenen Diebstahl gelten. Eben so kann, wer über einen Incidentpunkt [4]), oder über eine dilatorische Einrede [5]) vereidet worden ist, nicht darüber hinaus auch über die Hauptsache oder über andere Fragen, als worauf der Eid lautete [6]), ein gültiges Zeugniß ablegen.

7. Ist das Zeugniß in seinem Inhalte unklar, daß er nicht deutlich zu erkennen ist, oder unbestimmt, daß er nicht mit Gewißheit, oder unsicher, incertum, vagum, wenn die Thatsachen umschweifend oder abschweifend, ohne Bestimmtheit in Betreff der Sache, oder ohne Ent-

---

de test.: »... testes ... producendos examinare sigillatim curetis.« Gl. v. examinare: »Secreto enim, sive sigillatim testes examinandi sunt.« C. Consuluit. 26. X. de off. deleg. (1. 29.) C. Praesentium. 2. de test. in 6. (2. 10.)

[1]) C. Accepimus. 16. X. de purg. can. (5. 34.)

[2]) C. Praeterea. 27. C. Licet. 47. X. de test. Fr. Si arbiter. 28. D. de probat. (22. 3.) Fr. In summa. 2. §. 8. D. de aqu. et aqu. pluv. (39. 3.)

[3]) C. Cum caussam. 13. X. de prob. (2. 19.) C. De parentela. 8. in f. C. 35. Q. 6.

[4]) C. Veniens. 38. X. de test.

[5]) C. De testibus. 29. X. eod.

[6]) C. Cum dilecti. 18. X. de accus. (5. 1.): »... mandetis, ut, sub qua forma juramentum praestiterit, studeant fideliter intimare ... quoniam secundum eandem non teneretur ex debito juramenti, nisi ad quaesita solummodo respondere.«

schiedenheit in ihrer Bezeichnung angegeben sind, oder ist es verworren, daß die verschiedenen Theile des Inhaltes ohne gehörige Scheidung und ohne Ordnung mit einander verbunden sind, und können diese Mängel durch den Zeugen selbst nicht gehoben werden, so ist es, so weit ein solcher Mangel reicht, unbrauchbar [1]), da es dem Richter eben so wenig zusteht, etwas aus ihm heraus zu deuten, als darin Ausgesagtes unbeachtet zu lassen. Das Zeugniß kann auch ein schwankendes, vacillans, sein. Das Schwanken ist, wie vacillare, die starke Bewegung eines aufrecht stehenden Körpers aus der natürlichen geraden Richtung, wie zum Fallen. Uebertragen auf moralische Verhältnisse ist es die starke Abweichung von der Pflichttreue und der Gegensatz von Festigkeit und Beständigkeit [2]), und ein Zeuge ist schwankend, der in seinen Aussagen der Wahrheit untreu ist. Er ist es, wenn er beiden Parteien entgegengesetztes Zeugniß gibt [3]), sich mithin widerspricht, und er ist es auch, wenn er in der nämlichen Sache, wie ebenfalls, wenn er in dem nämlichen Zeugnisse Widersprechendes aussagt [4]). Das Widersprechende in dem Zeugnisse kann aus dem Kenntnißvermögen des Zeugen, oder aus der Unsicherheit der Auffassung der Thatsache mit ihren Umständen, aus Verwirrung oder Befangenheit entsprungen sein. Dann handelt der Zeuge zwar nicht treulos und strafbar; allein seine Schuldlosigkeit macht das Zeugniß nicht zuverlässig, wenn er die Widersprüche nicht beseitigen kann. Ist der Widerspruch Folge der Unredlichkeit gegen die Wahrheit, so ist das Zeugniß werthlos und zugleich strafbar [5]). Ist ein Zeugniß gericht-

[1]) C. Cum clamor. 53. X. de test.: »... ita deposuere [illegible] quod ex dictis eorum non potest veritas declarari: mandamus, quatenus exam[illegible]tis eos iterum.«

[2]) Cic. de fin. bonor. I. c. 20. §. 66: »videtur quibusdam [illegible] amicitiae vacillare.«

[3]) Fr. Eos, qui. 27. §. 1. D. de leg. Corn. de fals. (4[illegible] [illegible] impudicitia ejus, qui diversa duobus testimonia prae[illegible] anceps fides vacillat.« Fr. Qui falso. 16. D. de test. [illegible] 38. X. de test. v. utraque pars. in f.

[4]) Fr. Eos, qui. pr. D. de leg. Corn. de fals. (48 1[illegible] inter se testimonia praebuerunt, quasi falsum [illegible] Testimoniis. 2. D. de test. in c. Si testes. 3 [illegible] qui adversus fidem suam testationis vacillar[illegible] Qui falso. 16. D. eod: »Qui falso, vel varie [illegible] que parti prodiderunt, a j[illegible]petenter [illegible] prob. (2. 19[illegible] . . cum [illegible]

[5]) [illegible] Cu[illegible]

lich abgegeben, so kann durch eine abweichende nachträgliche Erklärung ein Widerspruch entstehen. Eine solche Erklärung ist alsdann zulässig und das Zeugniß annehmbar, wenn die erste Aussage nicht eine wissentlich unrichtige war und die zweite sofort vor dem Verhörschluß oder doch bald nachher erfolgt[6]). Eine spätere Verbesserung ist an sich verdächtig, dann aber insbesondere, wenn eine Rücksprache mit dem Betheiligten Statt gefunden hat. Allein dieser Verdacht ist nicht immer begründet, da der Zeuge aus eigener näherer Erwägung der Sache und durch die Erinnerung der Vorgänge zu einer richtigeren Erkenntniß gelangt sein kann[7]). Der Richter darf indessen nicht darauf ausgehen, Widersprüche zu suchen und Proben seines Scharfsinnes zu geben, sondern er muß vielmehr die Wahrheit an das Licht zu heben, also durch wiederholtes Vernehmen des Zeugen die anscheinenden Widersprüche zu beseitigen streben, wie er unklare Zeugnisse sich klar zu machen hat.

Hingegen gewinnt das Zeugniß an Werth durch Klarheit und Bestimmtheit, durch Einfachheit und ungesuchte Natürlichkeit seines Inhaltes[8]), durch den innern Zusammenhang und die Uebereinstimmung der einzelnen Theile, durch die Angemessenheit auf den in Rede stehenden Gegenstand[9]), durch das Zusammentreffen mit andern schon bekannten Thatsachen und

. . . reperiatur contrarietas manifesta, sibi . . . silentium imponi debet.« Gl. zu c. Veniens. 38. X. de test. v. utraque pars. in f. Gl. zu c. Cum in tua. 11. X eod. v. in hoc casu. in f.: » . . . Tamen si testis dicat contrarium in secundo judicio ei, quod dixit in principio, non valet dictum ejus.«

[6]) C. Praeterea. 7. X. de test. cog.: »Quorum testimonia, si quandoque non studiose, sed in proferendo erraverint, et se in continenti correxerint, reprobari non debent: secus autem, si correctioni suae interposuerint intervallum.«

[7]) Gl. zu c. Praeterea. 7. cit. X. v. in continenti: »id est, in eadem instantia judicii, antequam loquatur partibus, vel antequam recedat a praesentia judicis, quia postea subornatus praesumitur. Sed hoc posset intelligi habito respectu personae, ut sic posset corrigere vel addere ex intervallo.« Gl. zu c. Cum caussam. 37. X. de test. v. voluerunt.

[8]) Fr. Testium. 3. §. 1. D. de test. in c Si testes. 3. §. 27. C. 4. Q. 2: » . . . qui simpliciter visi sunt dicere, utrum unum idemque meditatum sermonem attulerint, an ad ea, quae interrogaveras, ex tempore verisimilia.«

[9]) Fr. Ob carmen. 21. §. 3. D. eod. in c. Si testes. 8. pr. C. ead: . . . quod naturae negotii convenit . . . quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit.« C. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.): » . . . per testes numero plures, quibus potius lux veritatis assistit, qui etiam aptiora negotio et vero proximiora in suis testimoniis expresserunt.«

durch die Entschiedenheit der Ueberzeugung und die Gleichmäßigkeit, womit es abgegeben wird.

8. Für die Abwägung des Werthes und die Würdigung der von verschiedenen Zeugen aufgenommenen Zeugnisse zur Gewinnung und Befestigung seiner juristischen Ueberzeugung kann dem Richter kein bestimmtes leitendes Maß an die Hand gegeben werden. Er muß sie selbst durch gewissenhafte Erwägung nach der von den Personen, ihren Aussagen und den Thatsachen erworbenen Kenntniß zu gewinuen suchen[1]). Dabei kommt die Glaubwürdigkeit der Zeugen vermöge ihrer Ehrenhaftigkeit, wie sich solche von ihrer Stellung und ihrem Ansehen in der Gesellschaft erwarten läßt, und vermöge ihrer Ehrlichkeit, Sittlichkeit und Religiösität zunächst in Anschlag[2]). Sind dann ihre Aussagen übereinstimmend, so kann die Ueberzeugung des Richters nicht wanken[3]). Widersprechen sie sich aber so, daß sich der Widerspruch nicht lösen läßt, so heben sie sich bei gleicher Zahl gegenseitig auf[4]), sonst entscheidet ihre Mehrheit[5]). Verdienen die Zeugen nicht gleiche Glaubwürdigkeit, so erhält das Zeugniß der glaubwürdigeren, ungeachtet der Zahl, den Vorzug[6]). Eine

---

[1]) Fr. Testium. 3. §. 2. D. de test. in c. Si testes. 3. §. 28. C. 4. Q. 3: ». . . Quae argumenta ad quem modum cuique rei sufficiant, nullo certo modo definiri potest . . . . alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas . . . confirmat rei, de qua quaeritur fidem.«

[2]) Fr. In testimoniis. 2. D. de test. in c. Si testes. 3. §. 1. C. eod: »In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est.« C. In nostra. 4. X. de procurat. (1. 38.): ». . . quia tamen episcopus per viros religiosos, providos et honestos, de quibus non est verisimile, quod suae salutis obliti ac juramenti religione contemta falsum testimonium tulerint, nobis fecit super his, quae sunt proposita, plenam fidem.«

[3]) Fr. Ob carmen. 21. §. 3. D. eod. in c. Si testes. 3. pr. C. ead: »Si testes omnes ejusdem honestatis et existimationis sint, et negotii qualitas ac judicis motus his concurrit, sequenda sunt omnia testimonia.«

[4]) C. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.): ». . . etsi . . . quidam sint testes inducti, plures tamen illorum reprobantur, quia sibi invicem evidentissime contradicunt.«

[5]) C. In nostra. 32. X. de test.: ». . . si testes . . . ejusdem honestatis et existimationis exstiterint, testes monachorum esse testibus archidiaconi numero pauciores, pro archidiacono sententiam proferatis.«

[6]) Fr. Ob carmen. 21. §. 3. in f. D. de test. in c. Si testes. 3. pr. C. cit.: ». . . non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.« C. Jurisjurandi. 9. pr. C. eod: ». . . et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur.« C. In nostra. 32. in f. X. eod. — Not. 5: ». . . Si

nähere Besprechung der Abwägung einander widersprechender Zeugnisse dürfte hier nicht unpassend sein.

9. Bei der Vergleichung der Zeugnisse ist vor Allem die zu beweisende Thatsache, oder der Beweissatz, fest im Auge zu halten. Stimmen die Zeugen in ihren Aussagen darüber miteinander überein, so sind sie sich Mitzeugen, contestes. testes concordes [1]), und liefern, wie gezeigt, den Beweis, wofern sonst nichts entgegensteht; weichen sie von einander ab, so hängt die Beweiskraft von dieser Abweichung sowohl in Beziehung auf den Inhalt der Aussagen, als auf die Zahl der dadurch einander gegenüber tretenden Zeugen ab.

Die Abweichung kann nämlich darin bestehen, daß nur Verschiedenes, diversa, oder aber, daß Widersprechendes, contradictorie opposita. oder Widerstreitendes, contrarie opposita. bezeugt werden.

Verschiedenes wird bezeugt, wenn die Zeugen von an sich verschiedenen Vorgängen, oder von dem nämlichen Vorgange verschiedene Umstände aussagen. Durch die Abweichung dieser Art können vereinzelte Zeugen, testes singulares [2]), auch testes singuli [3]), testes soli [4]) genannt, entstehen, indem jeder eine andere einzelne Thatsache, oder einen andern einzelnen Umstand derselben, oder nach Zeit und Raum Anderes bezeugt. In allen Punkten nun, in welchen ihr Zeugniß Verschiedenes enthält, steht Jeder vereinzelt für sich da: ist dann ein solcher Umstand der Gegenstand des eigentlichen Beweissatzes, so ist dafür kein Beweis geliefert; wohl aber, wenn die Thatsache, von welcher Verschiedenes bezeugt ist, der Inhalt des zu beweisenden Satzes war. Und dann sind sie nicht vereinzelte Zeugen, sondern Mitzeugen, die von der Sache nur Mannigfaltiges an ihr, oder Verschiedenes in ihrer Erscheinung in Zeit und Raum aussagen; ihre Zeugnisse sind anhäufend und sich gegenseitig unterstützend, singularitas cumulativa, adminiculativa. Handelt es sich beispielsweise um die Frage, ob sich Jemand an einem bestimmten Tage in der Stadt aufgehalten habe, so ist der Aufenthalt bewiesen, wenn ihn

---

vero testes ex parte monachorum producti tantae praeeminentiae fuerint, quod eorum auctoritas sit merito multitudini praeferenda, ab impetitione archidiaconi absolvatis eosdem.« C. Cum in tua. 44. X. eod.

[1]) Wie sie in c. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.) genannt werden.

[2]) C. Bonae memoriae. 23. X. de elect. (1. 6.)

[3]) C. Cum dilecti. 32. X. eod.

[4]) Cum in jure. 33. X. de test.

der Eine am Morgen und der Andere später gesehen hat, da Beide in dem Fragesatze übereinstimmen; handelte es sich um den Aufenthalt zu einer bestimmten Stunde, so würden die Zeugen vereinzelte sein. Das Nämliche gilt von Thatsachen, welche der Zeit, oder dem Raume nach ausgedehnt sind, wie Besitz [5]), Dienstbarkeiten, Gewohnheit. Bei zeitlich oder räumlich schnell vorübergehenden Handlungen können die Zeugen nicht Mitzeugen werden, wenn sie es nicht zeitlich und räumlich sind. Eine geheime Abstimmung behufs einer Wahl geht nur von jedem Wahlberechtigten aus, ein Jeder kann daher nur von seiner Stimme Zeugniß geben und bleibt ein vereinzelter Zeuge; die bestellten Skrutatoren hingegen gewinnen gemeinschaftlich Kenntniß von der Abstimmung aller Wähler. Diesen gegenüber sind mithin, wenn das Wahlergebniß als unrichtig angefochten wird, die Bekämpfer nur mehre vereinzelte Zeugen, die sich, da jeder nur von seiner Handlung Zeugniß gibt, nicht gegenseitig unterstützen, singularitas diversificativa. Den von jenen erbrachten Beweis würden sie nicht entkräften können [6]), in der gewöhnlichen Form des Zeugenbeweises durch deren zwei oder mehre nämlich; damit steht indessen nicht fest, daß durch eine solche Singularität kein Beweis erbringlich sei. Denn sobald sich durch sie wirklich ergäbe, daß durch die Mehrheit anders gewählt worden sei, würde die Ungültigkeit der Wahl anerkannt werden müssen [7]). Hier wären dann wiederstreitende Zeugnisse einander gegenüber gestellt. Eine gleiche Singularität kann durch die Unterlassung einer Verbalcitation veranlaßt werden, wenn mehre der einen Partei sie gegen einen gerichtlichen Spruch geltend machten. Ihre Zeugnisse blieben auf ihrer Seite vereinzelte, die sich nicht unterstützten, andererseits aber stände für den Richter die Vermuthung, daß Alles in der

---

[5]) Gl. zu fr. Ob carmen. 21. §. 3. D. de test. v. adsistit: »... si dicam, quod possederim, et inducam plures testes, unus dicat: ego vidi eum possidere per annum, alii per alium, et sic de ceteris, eorum testimonium tenet, quia hoc solum quaeritur, an possederim, quod omnes testes dicunt .... nec enim quaestio est, an illa vel illa die possederim.«

[6]) C. Cum dilectus. 32. X. de elect. (I. 6.): »... Et si tres simul aut duo saltem ex ipsis jurati dixerint, majorem canonicorum partem in ipsum archidiaconum convenisse, vos contradictoribus silentium imponatis, cum contra hoc eorum esset probatio insufficiens, quod singuli essent in suis testimoniis singulares.«

[7]) In dem c. Cum dilectus. 32. heißt es weiter: »Si vero per eorum depositiones constiterit, saepe dictum archidiaconum extitisse a paucioribus nominatum, tunc ... si fuerit sufficienter ostensum, ... vos electionem ipsius arch. omnino cassetis.«

gehörigen Ordnung vor sich gegangen sei[8]). Könnte die Citation nicht aus den Akten oder in anderer Weise nachgewiesen werden, so würde die bloße Vermuthung die singulären Zeugnisse noch nicht aufheben. Jedes von ihnen würde eine Vermuthung begründen, ohne daß sie freilich einen vollen Beweis lieferten. Bezeugten alle Betheiligte der einen Partei die Unterlassung der Citation an sie, so könnte der ergangene Spruch nicht aufrecht gehalten werden, wofern nicht noch andere Gründe den Ausschlag für ihn gäben[9]). — Es kann also nicht behauptet werden, daß durch eine diversificative Singularität kein Beweis geliefert werden könne, sondern nur eine Vermuthung begründet werde. Das hängt von der Beschaffenheit der zu beweisenden Thatsache ab.

Als sich widerstreitende, contrarie opposita, auch obstativa, adversativa, genannt, dürfen Zeugnisse der angegebenen Art auch nicht vom Richter aufgefaßt werden, sondern sind so lange als auseinandergehende zu verstehen, als nicht das Gegentheil erwiesen ist, oder ihr Inhalt selbst dazu nöthigt[10]). Eine Nöthigung dazu würde vorhanden sein, wenn statt einer bestimmten Thatsache oder eines bestimmten Umstandes derselben in dem Beweissatze verschiedene Thatsachen oder so verschiedene Umstände bezeugt würden, daß die Wirklichkeit des Einen die des Andern aufhöbe, wie bei der Beschuldigung der Susanna[11]) zutraf. Dabei war die Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung behauptet und außer der Thatsache des einen speziellen Ehebruches zugleich die nämliche Zeit und der bestimmte Ort zu bezeugen. Hätten die Richter nicht die Gleichzeitigkeit ihrer Wahrnehmung vorgegeben, so wäre ihre Aussage von dem Vor-

---

8) C. Bonae memoriae. 23. X. de elect. (1. 6.): »... Contra legati vero processum hoc facere videbatur, quod non citatis Wormaciensi episcopo et ejus fautoribus processisset ... pro his, quae a judice sunt acta, praesumitur, quod omnia rite fuerint celebrata; quamvis et quod citati non fuerint, non posset de facili comprobari, ... cum etsi quilibet de se posset asserere, quod ad eum citatio minime pervenisset, singuli tamen vestrum essent in suo testimonio singulares.« Gl. v. singulares: »Et sic esset insufficiens testimonium illorum.«

9) Daher heißt es in dem c. Bonae memoriae. 23. weiter: »Nos igitur, etsi propter auctoritatem judiciariam praesumamus pro his, quae acta sunt a legato, illi tamen plus innitimur rationi, quod adversarii archiepiscopi ... se usque adeo reddiderunt indignos, quod contra eum non debebant audiri.« Die Singularität war also nicht der Entscheidungsgrund.

10) C. Licet. 9. X. de prob. (2. 19.) §. 8. Not. 4: »... quia sibi invicem evidentissime contradicunt.«

11) Dan. 13, 54, 58.

gange unter dem Mastixbaume mit dem unter dem Pflaumenbaume nicht in den augenfälligen Widerstreit getreten, sondern sie hätten als vereinzelte Zeugen behandelt werden müssen. Da der Zeuge seine Glaubwürdigkeit nicht verliert, so lange das Gegentheil nicht nachgewiesen, oder offenbar hervorgetreten ist, Delikte ferner, wie hier falsches Zeugniß und Meineid, nicht ohne hinreichenden Grund dürfen angenommen werden, so muß das Unerwiesene in einem guten Sinne aufgefaßt werden [12]). Lautete beispielsweise der Satz auf eine Handlung zu einer bestimmten Zeit, wie die Einlegung der Berufung vor dem Spruche, und der Eine behauptete die frühere, der Andere hingegen die spätere; so ist damit noch nicht die Annahme eines Widerstreites, contrarium, gerechtfertigt, sondern nur die einer Abweichung, wofern nicht andere Gründe zu jener Annahme nöthigen. Denn ohne andere Gründe verschwindet die Nöthigung durch die Annahme, daß Beide von verschiedenen Handlungen Zeugen und vereinzelte Zeugen sind [13]).

Die hieraus sich ergebende Regel, daß abweichende Zeugnisse in gutem Sinne aufzufassen sind, gilt natürlich von den Aussagen eines Zeugen sowohl, als wenn sich mehre Zeugen gegenüber stehen.

Diese Ausgleichung der Zeugnisse aus sittlichen Rücksichten und im Interesse der Zeugen darf aber nie zum Nachtheile eines der Streitenden führen. Wenn daher Jemand für seine Behauptung zwei Zeugen von gleicher Glaubwürdigkeit vorführt, deren Zeugnisse in dem Fragepunkte auseinander gehen, so sind sie vereinzelte und beweisen nicht; erbringt er deren drei, wovon nur der eine von dem Zeugnisse der beiden andern abweicht, so ist sein Beweis erbracht. Denn die Aussage des Einen beweist nicht, sie muß auf eine andere Thatsache bezogen werden, für welche sie nur eine Vermuthung begründet, die gegen den Beweis durch

---

[12]) Gl. zu c. Absit. 14. C. 11. Q. 3. v. sinistrum: »Hoc est verum in his, quae possunt trahi ad bonum et ad malum, ubi semper in meliorem partem est interpretandum.« C. Quisquis. 1. §. 1. D. 41: »Quid igitur locis, et temporibus, et personis conveniat, diligenter attendendum est, ne temere flagitia reprehendamus.« Gl. v. flagitia: »Non statim dicamus, aliquid esse vitiosum; nam dubia in meliorem partem sunt interpretanda.« C. Estote. 2. X. de reg. jur. (5. 41.)

[13]) Das c. Cum tu. 16. X. de test. bezieht sich auf mehrere Zeugen und verwirft das ergangene Urtheil aus der Erwägung: »dicta testium benigne interpretari volentes, ne perjurii reatu notentur, quia utrumque esse potuit, et quod post primam appellationem et ante secundam sententia lata fuerit.« Gl. v. benigne.

die beiden Zeugnisse ohne Einwirkung ist [14]). Eben so müßte die Mehrheit für oder gegen seinen Beweissatz über die Minderzahl obsiegen [15]). Beides gilt von den Zeugen der beiden Parteien, die sich in ihren Aussagen einander widerstreitend gegenüber treten [16]). Stehen sich beider Theile gleich glaubwürdige Zeugen auch an Zahl gleich entgegen, so wäre Satz und Gegensatz gleich stark bewiesen und es müßte nach dem Grundsatze, daß das Recht geneigter zum Freisprechen, als zum Verurtheilen ist, für den Verklagten entschieden werden [17]), wofern es sich nicht um eine rechtlich begünstigte Sache handelte [18]).

Diese ausgleichende Beweistheorie von den sich widerstreitenden Zeugnissen ist indessen auf Accusations-Fälle nicht anwendbar, weil in diesen keine Unterstellungen zur Geltung kommen dürfen, und ein augenfälliger [19]) und durch Uebereinstimmung aller Zeugen [20]) erbrachter Beweis erforderlich ist.

Sind die Zeugen nicht gleich glaubwürdig und zwar aus dem Grunde, daß gegen einige gesetzliche Verdachtsgründe obwalten, oder ein spezieller Verdacht gegen sie geltend gemacht worden ist, so kann die Entscheidung leicht gewonnen werden, sie mögen die Mehrzahl oder auch die Minderzahl ausmachen. Sind solche Umstände nicht gegeben, so müßte

[14]) Gl. zu c. In nostra. 32. X. de test. v. adversa: »... Si vero unus testis contradicit pluribus, talis contrarietas non obstat, quia dictum unius testis non probat.«

[15]) Gl. ibid: »... Dicas, quod si testes contradicant testibus ex eadem parte, sive ex adversa, primo concordabit judex contrarietatem illam, si potest, ... et si manifesta sit contrarietas, valet testimonium plurium.« §. 8. Not. 5

[16]) Gl. Not. 15.

[17]) C. Ex litteris. 3. X. de probat. (2. 19.): »... Quod si ambarum partium testes aeque sint idonei, possessoris testes praeferentur, cum promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum.«

[18]) Gl. zu c. In nostra. 32. X. de test. v. adversa: »... Si vero testes ex utraque parte omnino sint pares, pro reo fertur sententia .... nisi in quatuor casibus, in causa matrimoniali, liberali, et dote et testamento.«

[19]) C. Sciant cuncti. 25. C. de probat. (4. 19.) in c. Sciant cuncti. 2. C. 2. Q. 8: »Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre debere in publicam notitiam, quae munita sit idoneis testibus vel ... indiciciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.«

[20]) C. Qui sententiam. 16. C. de poen. (9. 47.): »... aut tua confessione, aut certe omnium, qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirante concordanteque (nämlich confessione) rei finem, convictus sit.«

sich, wenn der Minderzahl der Vorzug gegeben werden sollte, die Glaubwürdigkeit als eine bedeutend größere herausstellen[21]).

Besteht die Abweichung des Zeugnisses bloß in dem Widerspruche, so, daß der aufgestellte Beweissatz lediglich verneint wird, so verdient dasselbe den behauptenden gegenüber gar keinen Glauben, weil es in seinem Inhalte nichts liefert, was das Aufgestellte heben könnte[22]).

Außer der größeren moralischen Glaubwürdigkeit kommt auch die vermöge der Kenntniß in Betracht. In dieser Beziehung verdient offenbar das Zeugniß eines Sachkundigen oder eines mit dem zu entscheidenden Gegenstande selbst[23]) oder doch mit andern gleicher Art bekannten Zeugen vor einem andern den Vorzug. Gründe größerer Glaubwürdigkeit kann auch das Zeugniß selbst durch Inhalt und Form darbieten. Die der Natur der Sache angemessene, testimonia rei aptiora, und die an sich wahrscheinlichere, vero proximiora[24]), Aussage sowohl, als auch diejenige, die tiefer eingeht, Spezielleres bezeugt und dessen Grund angibt[25]), oder auch, die sich ungesucht und einfach[26]), und mit Klarheit in den Angaben ausläßt, empfiehlt sich selbst vor andern, denen diese Vorzüge abgehen.

10. Widerstreitet oder widerspricht eine frühere oder spätere außergerichtliche Aussage eines Zeugen seiner gerichtlichen, so gilt vermöge ihres speziellen Charakters die Vermuthung für diese[1]). Wäre die frühere außergerichtliche Aussage durch einen Eid bekräftigt worden, so würde die spätere gerichtliche den Zeugen als einen meineidigen erweisen, dem kein Glaube geschenkt werden könnte.

---

[21]) C. In nostra. 32. in f. X. de test.: »... Si vero testes ... tantae praeeminentiae fuerint, quod eorum auctoritas aliorum sit merito multitudini praeferenda.« Gl. v. adversa et v. praeferenda.

[22]) So wären die Zeugen in c. Bonae memoriae. 23. X. de test. Not. 8, welche von sich bezeugen, daß sie keine Ladung erhalten, nicht allein testes singulares geblieben, sondern ihre verneinende Aussage hätte auch gegen den positiven Grund nicht bestehen können, wenn ein solcher gegeben gewesen wäre.

[23]) C. Cum in sua. 44. X. de test.: »... testium ... propinquorum.« C. Videtur. 3. X. qui matrim. accusat. poss. (4. 18.)

[24]) Fr. Ob carmen. 21. §. 3. D. de test. §. 7. Not. 9. Fr. In obscuris. 14. D. de R. J. (50. 17.) in c. Inspicimus. 45. de R. J. in 6. (5. 12.): »In obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.«

[25]) Wie in c. Cum in tua. 44. X. qui matr. accus.: »... distinguendo personas et gradus a quibus descenderunt.«

[26]) Fr. Testium. 3. §. 1. D. de test. §. 7. Not. 8.

[1]) Gl. zu c. Sicut nobis. 9. X. de test. in cas.: »... primo dicto alicujus (in judicio) standum est.«

11. Zur Beschränkung der Zahl der zu vernehmenden Zeugen auf die zur Beweisführung nothwendige ist der Richter nicht allein befugt, sondern auch verpflichtet, damit die Sache nicht durch die Menge der Zeugen verdunkelt werde, und die Chikane keinen Spielraum gewinne, die Verhandlungen in die Länge zu ziehen und den Gegner durch Mühe und Auslagen abzuschrecken [1]). Auch in wichtigern Sachen sollen deren auf jeder Seite nicht über vierzig zugelassen werden [2]).

Dreizehnter Titel.

Urkundenbeweis *).

1. Ein ferneres wichtiges Beweismittel sind in Thatsachen und vorzüglich im Civilverfahren Schriftstücke, literae, scripturae, in so fern sie in ihrem Inhalte Thatsachen bezeugen und Urkunden sind. Als Beweismittel werden sie auch Instrumente im engeren Sinne [1]), Dokumente [2]), da sie zum Nachweis dienen, und Monumente, insbesondere wenn sie öffentliche Geschäfte betreffen [3]), genannt.

---

[1]) Fr. Testimoniorum. 1. §. 2. D. de test.: »... haec licentia ad sufficientem numerum testium coarctatur, ut judices moderentur et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur.«

[2]) C. Cum caussam. 37. X. eod: »... volentes autem effrenatam multitudinem testium refrenari, volumus, ut hinc inde quadragenarium numerum testium excedere non permittas.«

*) De fide instrumentorum. X. (2. 22.) — De fide instrumentorum et amissione eorum. D. (22. 4.) — De fide instrumentorum et amissione eorum. C. (4. 24.)

[1]) Instrumente im weiteren Sinne sind alle Beweismittel. Tit. 7. §. 4. — Im engeren Sinne sind es schriftliche Urkunden. §. Item verborum. 12. J. de inutil. stipul. (3. 20.): »... tales scripturas ... esse credendas, nisi ... die, quo conficiebatur instrumentum ... in aliis locis fuisse.« Dieses weisen auch schon die angegebenen Ueberschriften der einschlägigen Titel nach.

[2]) Nov. 73. c. 2: »Sed et si quis ... instrumentum ... faciat .... non ex eo ipso videatur credibile super mutuo documentum.« C. Si quis. 33. C. 12. Q. 2: »... quicquid per absentiam documentorum damni ecclesiae illatum est.«

[3]) Ein Monument im Allgemeinen gibt Ulpian fr. Locum. 2. §. 6. D. de religios. (11. 7.) so an: »Monumentum est, quod memoriae servandae gratia existat.« Dahin gehören Grabmäler, wie andere Denkmäler. Fr. Monumentum. 42. D. eod.

Als Beweismittel vertreten die Schriftstücke die Zeugen; sie leisten den nämlichen Dienst. Es kommt also, wie bei diesen, auf ihre Glaubwürdigkeit, oder darauf an, daß sie als Beweisstücke Ansehen und Geltung verdienen und besitzen, das heißt, daß sie gesetzliche Beweiskraft haben und in so fern authentisch sind. Authentisch heißt auch eine Schrift von ihrem wahren und ächten Ursprunge, originalis, im Gegensatze nicht allein von falschen oder verfälschten, sondern auch von Abschriften [4]).

Die Grundbedingung der Glaubwündigkeit einer Urkunde ist ihre Aechtheit hinsichtlich ihres Ursprunges und ihres Inhaltes. Für diese aber kann sie selbst nicht Zeugniß geben, sondern dafür müssen zuver-

---

Im Besondern sind es amtliche Urkunden. Fr. Census. 10. D. de probat. (22. 3.): »Census et monumenta publica, potiora testibus esse senatus censuit.« C. Quingena. 2. C. Th. de indulgent. (11. 38.): »Quingena . . . jugera, quae Campania provincia juxta inspectorum relationem et veterum monumenta chartarum . . . habere dignoscitur.« Nov. 52. c. 2: ». . . sicut ab Imperio in alios factae donationes non egent gestis monumentorum ... ita neque a privatis Imperatoribus factae . . . non egebunt gestis monumentorum.«

[4]) Von αὐθεντία, Macht, Ansehen, Würde, ist αὐθεντικός, was Macht, Ansehen hat; eine scriptura authentica ist also zunächst eine solche, die Beweiskraft hat und dadurch zuverlässig ist. Cicero meldete als zuverlässige Nachricht Epist. ad Attic. X. 9. §. 11: ». . . Etiam illud erat persuasum: Pompeium cum magnis copiis iter in Germaniam per Illyricum fecisse; id enim αὐθεντικῶς nuntiabatur.« Eine Urkunde erhält durch ihren zuverlässigen Ursprung Ansehen und Glaubwürdigkeit und sie ist authentica im Gegensatze zu einer Abschrift sowohl, als zu einer falschen. Fr. Quicunque. 2. D. h. t.: »Quicunque a fisco convenitur, non ex indice, et exemplo alicujus scriptnrae, sed ex authentico conveniendus est: ita si contractus fides possit ostendi; ceterum calumniosam scripturam vim in judicio obtinere non convenit.« Im ersten Sinne steht es fr. Caeterae. 4. §. 3. D. famil. erisc. (10. 2): ». . . tabulas testamenti descriptas deponi oportere ... dare tabulas authenticas;« fr. Pomponius. 8. pr. D. eod: »... rationes . . . cohaeredes descripserint ... authenticae rationes sunt necessariae,« fr. Si quis. 12. D. testam. quemadm. (29. 3.): ». . . testamentum et exemplum . . . si authenticum patefactum est;« c. Sancimus. 3. C. de divers. rescr. (1. 23.): ». . . authentica ipsa atque originalia rescripta . . . non exempla eorum.« Im zweiten Sinne steht es fr. Quicunque. 2 cit. h. t.: ». . . ex authentica . . . calumniosam scripturam.« C. Si qui. 11. §. 2. C. Th. de desertor. (7. 18.): ». . . ne suppositis aut commenticiis epistolis evadendi habeant facultatem.« So ist das »authenticum sigillum« in c. Scripta. 2. X. h. t. ein ächtes, ein nicht nachgemachtes und nicht falsches, und damit ein glaubwürdiges. Gl. v. authentica: ». . . robur obtinent firmitatis ... et talis scriptura dicitur authentica.«

lässige Umstände oder sichernde Merkmale an ihr die Gewähr leisten. Und darauf beziehen sich alle gesetzliche Bestimmungen über die Zulässigkeit schriftlicher Urkunden, der öffentlichen, instr. publica, sowohl als der privaten, instr. privata.

2. Bei den öffentlichen Urkunden, die zu öffentlichen Zwecken und in öffentlichem Auftrage von Amts wegen aufgenommen werden und in beiden Beziehungen, daher im eigentlichen Sinne öffentliche sind, gibt ihr amtlicher und öffentlicher Ursprung diese Gewähr. Dahin gehören die Censusrollen [1]), Lagerbücher [2]), öffentliche Verträge, und andere in öffentlichen Archiven und Registraturen aufbewahrte Urkunden [3]), die Pfarrbücher, Tauf-, Ehe- und Sterberegister [4]), die gerichtlichen Verhandlungen [5]).

Urkunden werden auch in so fern öffentliche genannt, als sie, obgleich über Privatgeschäfte, von einem öffentlichen, dazu berechtigten Beamten aufgenommen oder ausgestellt sind, und sie genießen als solche Glauben. Solche Urkunden sind namentlich die gerichtlich aufgenommenen Verträge und publicirten Testamente [6]), die von einem Notar in der gesetzlichen Form ausgefertigten [7]), oder von andern Beam-

---

[1]) Fr. Census. 10. D. de probat. (22. 3.). §. 1. Not. 3. Fr. Forma. 4. §. 1. D. de censib. (50. 15.). C. Ad audientiam. 13. X. de praescr. (2. 26.): ». . . ad quod probandum inducebas . . . librum eccles. rom. censualem.«

[2]) C. Cum caussam. 13. X. de probat. (2. 19.): ». . . super suarum limitationem dioecesium . . . secundum divisiones, quae per libros antiquos . . . probabantur.«

[3]) Nov. 42. c. 2. §. 2: »Si vero etiam ex publicis archivis proferatur charta . . . et quod ex publicis archivis profertur et publicum habet testimonium.« C. Pervenit. 1. C. 30. Q. 1. Auth. Ad haec zu c. Comparationes. 20 C. h. t. Gl. v. testimonium publicum: ». . . habet publicum testimonium eo ipso, quod confitentur magistratus, ex archivo eam esse, vel eo ipso, quod talia erant signa in ea, qualia solent fieri.«

[4]) C. Nemo. 14. X. de simon. (5. 3.): »Nemo presbyterorum . . . pro respectu cujusque personae consanguinitatis aut familiaritatis, alienis communicans peccatis, hoc episcopo innotescere detrectet.« Agend. Colon. pag. 425. sqq.

[5]) C. Is, apud quem. 2. C. de edend. (2. 1.). C. Quoniam. 11. X. de probat. (2. 19.) C. Comparationes. 20. C. h. t. C. Gesta. 6. C. de re jud. (7. 52.). Gl. v. gesta. et v. fides. C. Cum P. 15. X. h. t.

[6]) C. In donationibus. 31. C. de donat. (8. 54.): »In donationibus, quae actis insinuantur, non esse necessarium judicamus, vicinos vel alios testes adhibere . . . . cum publica monumenta sufficiant.« C. Publicati. 2. C. de testam. (6. 23.). C. Cum P. 15. X. h. t.

[7]) Nov. 73. c. 5. C. Contractus. 17. C. h. t. C. Hac consultissima. 8. C. qui testam. fac. poss. (6. 22.). C. Scimus. 22. §. 2. C. de jure delib. (6. 30.)

ten [8]), ferner die von einem Bischofe, oder von dem ordentlichen Richter vollzogenen Urkunden [9]) und andere, die mit dem Amtssiegel einer Corporation [10]) beglaubigt sind [11]).

Privaturkunden sind glaubwürdig und in so fern authentisch, wenn sie von den Betheiligten und von drei glaubhaften Zeugen unterschrieben sind, oder, wenn jene nicht schreiben können, von deren fünf. Zugleich muß ausgedrückt sein, daß das Geschäft in Gegenwart der Zeugen abgeschlossen und die Urkunde geschrieben worden ist [12]).

Auszüge, oder Abschriften solcher authentischer Urkunden haben nicht die Glaubwürdigkeit der Originale [13]). Diese können nur durch eine auf richterlichen, nach ihrer sorgfältigen Prüfung ergangenen Erlaß durch einen öffentlichen Beamten ausgefertigte Abschrift ersetzt werden [14]).

Wird in einer jüngeren Urkunde auf eine frühere hingewiesen, so kann diese Berufung sie nicht ersetzen, oder als Beweis gelten [15]).

3. Authentische öffentliche Urkunden liefern immer gegen wie für Jeden, den sie angehen, den Beweis für die darin bezeugten Thatsachen [1]).

---

8) C. Scripta. 2. X. h. t.: ». . . per manum publicam facta.«

9) C. Post cessionem. 7. X. de probat. (2. 19.) et gl. v. literas judicis.

10) C. Tertio loco. 5. X. de probat.: ». . . sigillo capituli quoddam instrumentum . . . signavit.« Gl. zu c. Scripta. 2. X. h. t. v. sigillum.

11) Die Argentarier oder Nummularier bildeten eine Corporation, Nov. 136. pr., mit einem öffentlichen Charakter, fr. Argentarius. 10. §. 1. D. de edend. (2. 13.), Nov. cit. c. 2. in f., weßhalb ihre Rechnungen öffentlichen Glauben hatten. Fr. Quaedam. 9. §§. 1. 2. D. eod. In wie fern die Bücher der Wechsler und der Kaufleute Glauben haben, bestimmen die Landesgesetze.

12) Nov. 73. c. 1. 2. 8. Auth. Si quis. zu c. Scripturas. 11. C. qui potior. pign. hab. (8. 18.). Auth. Sed mora. zu c. Super. 17. C. Si cert. pet. (4. 2.). C. Scripta. 2. X. h t. Zu c. Si scripturam. 1. X. eod. bemerkt die Glosse v. authenticam: »Authentica scriptura est, quae per manum publicam, vel per judicem cum trium testium vel duorum ad minus subscriptione vel testimonio facta . . . vel quae habet sigillum authenticum ... et etiam scriptura, quam fecit privatus in praesentia trium testium.« Sie setzt also diese als authentische und gleich glaubwürdig mit den öffentlichen auf eine Linie.

13) Fr. Quicunque. 2. D. h. t. §. 1. Not. 4. C. Si scripturam. 1. X. h. t.

14) C. Si instrumenta. 16. X. h. t.

15) Nov. 119. c. 3. Auth. Si quis. zu c. Procurator. 7. C. de edend. (2. 1.). Gl. zu c. Si scripturam. 1. X. h. t. v. exemplaria.

1) Fr. Census. 10. D. de prob. (22. 3.) §. 1. Not. 3. C. Ad audientiam. 13. X. de praescr. (2. 26.) §. 2. Not. 1. C. Scripta 2. X h. t.: »Scripta . . . . nisi per manum publicam facta fuerint . . . non videntur nobis alicu-

Für ihre Zuverlässigkeit gilt die Vermuthung so lange, bis das Gegentheil erwiesen ist [2]).

Diese Gewähr für ihre Glaubwürdigkeit haben die authentischen Privaturkunden offenbar nicht. Die Unterschrift der Betheiligten steht nicht höher, als ein außergerichtliches Geständniß über die in der Schrift bezeugte Handlung, und die Zeugen geben nur außergerichtliches Zeugniß über die Handlung und die Unterschrift. Solche Schriftstücke haben zwar gesetzliches Ansehen, doch nicht ein höheres, als gerichtliche Zeugen [3]); sie vertreten nur diese. Wenn daher die unterschriebenen Zeugen gestorben sind, so ist die spezielle Gewähr, welche sie der Urkunde gaben, wenn sie nicht deren Siegel trägt, oder die Unterschriften nicht durch Vergleichung als ächt nachgewiesen werden können, verloren.

Privaturkunden ferner, die auf eine Schuld, debitum, lauten, finden nur dann Glauben, wenn sie zugleich den Verpflichtungsgrund angeben [4]). Sie beweisen also mit dem bloßen Schuldbekenntnisse nicht auch den Verpflichtungsgrund.

Einseitig angefertigte Privaturkunden beweisen nur gegen, nicht für ihren Aussteller [5]). Bezeugen die von den Betheiligten ausgestellten Schriftstücke eine gegenseitig übernommene Verpflichtung, so liegt in der Unterschrift des Einen zugleich der Beweis für den Andern. Beruft sich

---

jus firmitatis robur habere.« Gl. v. authentica: »Instrumenta publica perpetua firmitate nituntur ad damnum et commodum utriusque partis.«

[2]) C. Post cessionem. 7. X. de probat. (2. 19.): ». . . literis judicis ordinarii, quibus standum est, donec probetur contrarium.« In c. Illud quoque. 11. X. de praesumpt. (2. 23.) wurde eine öffentliche Urkunde als simulirten Inhaltes angefochten.

[3]) C. In exercendis. 15. X. h. t.: »In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.«

[4]) Fr. Cum de indebito. 25. §. 4. D. de probat. (22. 3.): ». . . eum, in quem cautio exposita est, compelli, debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportere suae confessioni.« C. Si cautio. 14. X. h. t. C. Generaliter. 13. C. de non numer. pecun. (4. 30.)

[5]) Fr. Publia. 26. §. 2. D. depos. (13. 3.) Tit. 9. §. 8. Not. 4. Eine briefliche Mittheilung über Schuld und Gegenforderungen. Fr. Imperatores. 29. pr. D. de probat. (22. 3.) C. Instrumenta. 5. C. de probat. (4. 19): »Instrumenta domestica, seu privata attestatio, seu adnotatio . . . ad probationem sola non sufficiunt.« C. Rationes. 6. C. eod: »Rationes defuncti . . . solas sufficere non posse.« C. Exemplo. 7. C. eod. C. Verba. 6. C. de testam. (6. 23.)

der Eine zu seinem Vortheil auf eine Schrift des Andern, so muß er sie auch gegen sich gelten lassen [6]).

Die von einer Partei vorgelegten Urkunden, welche sich widersprechen, heben ihre Glaubwürdigkeit gegenseitig auf [7]).

4. In der rechtlichen Vermuthung für die Wahrheit des Inhaltes einer authentischen öffentlichen Urkunde besteht ihr Vorzug, und nicht darin, daß sie absolute Beweiskraft besitzt. Eine solche kann ihr auch nicht beigelegt werden. Denn sie selbst ist nur ein sehr mittelbares Zeugniß, das nicht allein ein Dritter, der Beamte, nach ihm gemachten Mittheilungen ablegt, sondern auch noch schriftlich abfaßt, und zwar zugleich in keiner andern Form, als in welcher er das Mitgetheilte aufgefaßt hat, welche Auffassung selbst wieder geändert, oder ganz anders schriftlich wiedergegeben werden kann. Auch diejenigen ferner, welche ein Geschäft abschließen, sind nicht immer im Stande, ihre Absichten und ihre eigentliche Willensmeinung so bestimmt und genau auszudrücken, daß sie von einem Dritten gehörig aufgefaßt und in Schrift gebracht werden können. Dadurch sind, wenn auch von bösem Willen und von Täuschung ganz abgesehen wird, erhebliche Irrthümer möglich, gegen welche die Anwesenheit von Zeugen nicht schützt. Da es nun nicht auf das, was irgend geschrieben worden ist, sondern nur auf die Wahrheit des Vorganges ankommen kann [1]), so muß es ein Mittel geben, sich gegen so entstandene Irthümer oder Unrichtigkeiten zu schützen. Das gilt aber nicht bloß von allen Scheingeschäften [2]), sondern muß auch von allen aufgenommenen Unrichtigkeiten gelten, seien sie nun bloße Versehen, oder absichtliche Unwahrheiten [3]).

---

[6]) Nov. 49. c. 2. §. 1.

[7]) C. Scripturae. 14. C. h. t.: »Scripturae diversae fidem sibi invicem abrogantes, ab una eademque parte prolatae, nihil firmitatis habere poterunt.« C. Imputari. 13. X. h. t. et gl. v. contrarias: »Hoc verum est, sive directe contrariae sint, sive indirecte . . . quando ab eadem parte producuntur; secus, si a divessis.«

[1]) C. In contractibus. 1. C. Plus valere, quod agit (4. 22.): »In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet.«

[2]) Wie in c. Illud quoque. 11. X. de praesumpt. (2. 23.), wo das errichtete »publicum instrumentum« über eine Dos als beweisunfähig angefochten wurde, da keine Ehe beabsichtigt war, oder wie in c. Acta simulata. 2. C. Plus val. qu. ag. (4. 22.), wo andere Personen als handelnd eintraten oder eingeschrieben wurden, und in c. Emptione. 3. c. Si falsam. 5. C. eod., wo andere Geschäfte vorgeschützt wurden.

[3]) Wie in c. Cum Joannes. 10. X. h. t., wo das vorgelegte »publicum

Da die Urkunde die Vermuthung für sich hat, so besteht die Hauptschwierigkeit in der Beweisführung ihr gegenüber, so daß sie aufgewogen, und die gegenüberstehende Behauptung begründet wird. Wie dieser Beweis je nach den Umständen zu gewinnen sei, kann hier nicht erörtert werden; sondern es genügt die Bemerkung, daß er durch Zeugen geführt werden kann [4]). Ob dazu zwei Zeugen genügen, oder ob deren drei oder mehre erforderlich seien [5]), ist dem Ermessen des Richters je nach der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der Natur des Geschäftes zu überlassen [6]).

5. Diese Frage, welche die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde voraussetzt, ist nicht mit der andern zu verwechseln, ob sie verdächtig und als öffentliche Urkunde unächt sei.

Verdächtig kann eine Urkunde sein als an sich unächt, oder als verfälscht, und das kann sie aus äußern und innern Gründen sein. Ist eine Urkunde nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgefaßt und mit den üblichen Merkmalen versehen [1]); entspricht das Alter des Papiers nicht der Schrift, oder ist dieser, um ihr den Schein eines höheren Alters zu geben, künstlich nachgeholfen; ist das Siegel unächt oder so verletzt, daß es nicht mehr als ächt erkannt werden kann; stimmt die Unterschrift des Beamten nicht mit der Schrift im Texte, den er angeblich geschrieben haben soll, überein, und enthält die Urkunde in Hauptstellen [2]) Löschungen

---

instrumentum« auf einen unbedingten Hausverkauf lautete, da er ein bedingter gewesen, und in c. Cum precibus. 18. C. de probat. (4. 19.), wo die Urkunde unrichtig als über eine Schenkung abgefaßt war.

4) C. Cum Joannes. 10. X. h. t. et gl. v. quodlibet instrumentum: »Et ita patet, quod contra instrumentum quantumcumque publicum admittuntur testes, ut hic, quia secundum testes productos contra instrumentum sententiatur.«

5) Die von der Glosse a. a. O. aufgestellte Berechnung: »Si quaeris, quot testes praejudicent instrumento, potest dici, quod IV. vel V. ad minus, quia auctoritas tabellionis videtur aequivalere duobus testibus . . . et ipsum instrumentum valet duos testes, quia parem vim obtinet probatio testium vel instrumentorum . . . ut hic deciditur, et sic patet, quod ad minus per quatuor meliores vel quinque testes instrumentum reprobetur,« ist unhaltbar, indem der Beamte für sich allein so wenig, als auch die Urkunde einem Zeugenbeweise gleich steht, sondern diese nur als das amtliche Werk von jenem ihre Glaubwürdigkeit hat.

6) Gl. zu c. Tertio loco. 5. X. de probat. (2. 19.) v. testium: ». . . ex una parte inducuntur testes et ex alia instrumenta contra testes, tunc considerabit judex naturam negotii et qualitatem.« Nov. 73. pr. C. 3. 5. 7.

1) Vgl. Nov. 73. c. 8. C. Scripta. 2. X. h. t.

2) C. Ex litteris. 3. C. Inter dilectos. 6. X. h. t. C. Cum venerabilis. 7. X. de relig. dom. (3. 36.)

oder Aenderungen [3]), oder finden sich an ihr ähnliche verdächtigende Merkmale; so kann sie nicht als eine ächte Anerkennung finden. Das Nämliche gilt von ihr, wenn die Abfassung von der üblichen abweicht, wenn darin ungebräuchliche Ausdrücke und Redewendungen vorkommen, oder der Inhalt mit andern Thatsachen in Widerspruch steht [4]), oder erweislich unwahr ist [5]).

Merkmale der angegebenen Art rechtfertigen die Annahme der äußern Unächtheit einer Urkunde; es kann aber eine äußerlich ächt, und dennoch eine falsche sein, und zwar, indem die Handlung im Ganzen oder in Theilen anders dargestellt wird, als sie vor sich ging [6]), oder indem andere Personen als handelnd, oder als Zeugen aufgeführt werden, als in der That der Fall war [7]), welches Alles durch Zeugen, da die Urkunde an sich keinen Glauben verdient, oder durch andere Mittel nachgewiesen werden kann. Hierbei kann auch eine Schriftvergleichung als brauchbar erscheinen [8]).

6. Wird nämlich eine öffentliche, oder eine Privaturkunde als unächt angefochten, so muß, wer sie als Beweismittel gebraucht, ihre Aechtheit beweisen. Das kann bei öffentlichen durch den Beamten und die unterschriebenen Zeugen geschehen. Wenn diese aber nicht mehr leben, oder nicht zum Zeugnisse herangezogen werden können, so muß eine Vergleichung der Schrift, wie bei Privaturkunden, durch vereidete Sachkundige vorgenommen werden. Bei dieser Vergleichung nun müssen selbstredend die Schriftstücke, mit welchen die Urkunde zusammen gestellt wird, selbst unzweifelhaft ächt sein. Und als solche gelten nicht allein öffentliche und unbestrittene Urkunden, sondern auch diejenigen Stücke, welche der Producent früher gerichtlich gebrauchte, so wie jene, die er selbst in dem schwebenden Streite für sich vorbringt. Außerdem müssen beide Theile den Eid leisten, der Eine, daß er seinen Beweis nicht in anderer Weise

---

[3]) C. Cum venerabilis. 6. X. de except. (2. 25.)

[4]) C. Inter dilectos. 6. X. h. t. C. Licet. 5. C. Quam gravi. 6. X. de crim. fals. (5. 20.)

[5]) C. Tertio loco. 5. X. de probat. (2. 19.)

[6]) Nov. 73. c. 3.

[7]) C. Optimum. 14. C. de contract. et com. stip. (2. 38.) C. Nihilominus. 16. C. 3. Q. 9.

[8]) Nov. 73. c. 7. §§. 1. 2. 3. Coll. C. Comparationes. 20. C. h. t. Nov. 49. c. 2.

erbringen kann [1]), der Andere, daß er die Aechtheit nicht in böser Absicht bestreite [2]).

Weicht die Aussage der Zeugen, die bei der Abfassung der Urkunde zugegen waren, von dem Inhalte derselben ab; so wird ihrer Aussage mehr Glauben geschenkt, als der Schrift, wenn sie dem Richter nach gewissenhafter Prüfung glaubwürdig erscheint.

7. Das durch dieses Alles nothwendige Verfahren macht die Vorlage, editio, der zu gebrauchenden Urkunden, theils der Beweisführung und theils der Prüfung wegen unerläßlich [1]); in der Regel jedoch nur einmal [2]).

Bestreitet Jemand die Aechtheit einer von ihm einmal anerkannten Urkunde, so braucht sie erst dann wieder vorgelegt zu werden, wenn er schwört, er glaube ihre Unächtheit nachweisen zu können. Diesen Nachweis kann er, wenn die Sache noch schwebt, bei dem nämlichen Richter, oder in höherer Instanz [3]), oder auf dem Wege der Retraktation noch liefern, sonst aber auch durch Accusation, welcher sich dann der Beschuldigte nur durch den Eid, daß die Urkunde verloren sei, entziehen kann. Wird dieser Eid nicht geleistet, so gilt die Urkunde als unächt und wirkungslos, ohne daß aber das Strafverfahren nothwendig wird [4]).

8. Der Verklagte ist, in Civilsachen sowohl [1]), als in Strafsachen [2]), nicht verpflichtet, gegen sich Urkunden vorzulegen, edere, wenn nicht ein besonderer, gesetzlich anerkannter Grund obwaltet. Ein solcher ist gegeben, wenn die Urkunde im Besitze des Verklagten eine gemeinschaftliche ist [3]), oder wenn der Kläger vermöge des Geschäftes, das sie betreffen,

---

1) Nov. 73. c. 7. §. 3.

2) Nov. 49. c. 3. Gl. zu c. Accepimus. 4. X. h. t. v. non valeant.

1) Fr. Quae quisque. 1. §§. 3. 4. Fr. Ubi exigitur. 8. pr. Fr. Quaedam. 9. D. de edend. (2. 13.). C. Non est novum. 5. C. Justum est. 6. C. Et quae. 8. C. de edend. (2. 1.). C. Ex epistolae. 1. X. de probat. (2. 19.). C. Contingit. 5. X. h. t. C. Cum personae. 7. de privil. in 6. (5. 7.)

2) C. Cum quidam. 21. C. Si postuletur. 22. C. h. t.

3) C. Super eo. 10. §. 1. X. de appell. (2. 28.)

4) C. Cum quidam. 21. C. h. t.

1) C. Ipse dispice. 1. C. de edend. (2. 1.). C. Nimis grave. 7. C. de test. (4. 20.)

2) C. Qui accusare. 4. C. de edend. (2. 1.). C. Ex epistolae. 1. X. de probat. (2. 19.)

3) C. G. perpetuus. 12. X. h. t. über Zehntrecht. Fr. Si quae sunt. 5. D. fam. hercisc. (10. 2.) über Forderungen der Erbschaftsmasse. C. Procurator. 7. C. de edend.

ein Recht darauf hat[4]), und noch mehr, wenn sie ihm als Eigenthum angehören[5]), auch wenn Gegenrechnungen gestellt werden[6]), weßhalb dies zugleich die Rechnungen der Wechseler, argentarii, trifft[7]).

Dem Fiscus gegenüber muß der Verklagte in Civil-, doch nicht in Strafsachen, die Urkunden, die er besitzt, vorlegen, jedoch ohne Nachtheil in einem andern Punkte, der nicht in Frage steht[8]). — Diese Begünstigung ist auch auf Kirchen, Spitäler und andere fromme Anstalten praktisch ausgedehnt; ihre Anwendung auf die Ehe, die Dos und andere begünstigte Sachen wird aber nicht überall anerkannt[9]).

Daß der Wucherer seine Rechnungen vorlegen muß, ist eine Strafe des Wuchers[10]).

9. Auch Dritte können in Streitigkeiten, die sie nicht betreffen, zur Vorlage von nothwendigen Urkunden aufgefordert werden. Das gilt zunächst von den öffentlichen, den gerichtlichen und Fiskal-Akten in Strafsachen sowohl, als in Civilsachen[1]), jedoch nicht zum Nachtheile des Staates oder des Fiscus[2]); ferner von den Rechnungen des Fiscus, wenn Zahlungen an ihn geschehen sind, und Jemand ihre Einsicht nach dem Verluste seiner Urkunden bedarf[3]), und von den Rech-

---

[4]) Fr. Si quis. 6. §. 5. Fr. Quaedam. 9. pr. D. de edend. (2. 13.) u. fr. Si procurator. 8. pr. D. mand. (17. 1.), über Geschäfte des Prokurators. Fr. Lucius. 46. §. 5. D. de administ. et per. tut. (26. 7.). Fr. In omnibus. 1. §. 3. D. de tut. et rat. (27. 3.), über Vormundschaftsrechnungen.

[5]) Fr. Ipsi tamen. 3. D. testam. quomod. aper. (29. 3.). Fr. Locum habet. 3. §. 5. D. de tab. exhib. (43. 5.) C. Instrumenta. 24. C. de fideicom. (6. 42.). C. Non ignorabit. 4. C. Instrumenta. 6. C. ad exhib. (3. 42.)

[6]) Fr. Si quis. 6. §. 3. D. de edend. (2. 13.). C. Non est novum. 5. C. Instrumenta. 6. C. Et quae. 8. C. eod.

[7]) Fr. Praetor ait. 4. Fr. Si quis. 6. pr. §. 1—4. D. de edend.

[8]) Fr. Senatus. 3. D. eod. Fr. Ex quibusdam. 2. §§. 1. 2. D. de jure fisc. (49. 14.)

[9]) Engel. h. t. n. 41. 42. Pirrh. II. 19. §. 26.

[10]) Clem. un. §. 1. de usur. (5. 5.)

[1]) Fr. In fraudem. 45. §. 7. D. de jure fisc. (49. 14.): »Quotiens apud fiscum agitur, actorum potestas postulanda est, ut merito uti liceat.« §. 8: »Quotiens iterum apud fiscum eadum causa tractatur, priorum actorum, quorum usus non fuerat postulatus, . . . recitatio jure poscetur.« C. Is, apud quem. 2. C. de edend. (2. 1.): »Is apud quem res agitur, acta publica, tam civilia quam criminalia, exhiberi . . . jubebit.« Gl. zu c. G. perpetuus. 12. X. h. t. v. communium.

[2]) Fr. In fraudem. 45. §§. 5. 6. D. de jure fisc. (49. 14.)

[3]) C. Illatae. 4. C. h. t.

nungen der Wechseler, weil ihr Verhältniß ein öffentliches ist [4]). Hat außerdem Jemand ein vom Richter anerkanntes Interesse, Schriftstücke eines Dritten einzusehen, so kann die Auslieferung verlangt werden [5]).

10. Ist die Urkunde zu Grunde gegangen oder abhanden gekommen, so ist nur das Beweismittel, nicht das Recht selbst verloren [1]), dessen Geltendmachung dann durch andere Beweise begründet werden kann.

Ist sie durch Dolus des Schuldners abhanden gekommen, so bedarf es nur dessen Beweises [2]). Ging sie durch einen Unfall zu Grunde, so muß dieser erwiesen werden, und dann ist auch der Beweis durch Zeugen [3]), oder in anderer Weise zuläßig [4]). Der Beweis des Verlustes begründet eine Vermuthung für das Recht [5]), beweiset es selbst jedoch noch nicht [6]). Das Nämliche ist auch auf den Fall, daß die Urkunde zerrissen ist, anwendbar [7]).

---

4) Fr. Argentarius. 10. §. 1. D. de edend. (2. 13.)

5) Fr. In hac actione. 3. §. 4. D. ad exhibend. (10. 4.) bei der Forderung des Usufructus. §. 9: »Sciendum est autem, non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cujus interest exhiberi. Judex igitur summatim debet cognoscere, an ejus intersit.« Fr. Solutione. 18. Fr. Ad exhibendum. 19. D. eod Fr. Locum. 43. pr. D. de pigner. act. (13. 7.). Fr. Omnibus. 1. pr. Fr. Tabularum. 2. pr. §. 8. D. testam. quem. aper. (29. 3.)

1) C. Cum instrumentis. 10. C. h. t.

2) C. Si de possessione. 20. in f. C. de probat (4. 19.): ». . . non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.«

3) C. Testium. 18. C. de test. (4. 20.): ». . . Sin . . . fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his, qui hoc perpessi sint, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.«

4) C. Sicut iniquum. 5. C. h. t.: ». . . non existentibus instrumentis, vel aliis argumentis, probare debere fidem precibus vestris adesse.« C. Illatae. 4. C. Si solemnibus. 7. C. eod.

5) Gl. zu c. Sicut indignum. 5. C. h. t. v. facile: ». . . Sed dic. quod erit praesumptio, si hoc probet, ut possit deferri juramentum. Alii dicunt. hoc sufficere.«

6) C. Apud eos. 13. C. h t.

7) Fr. Si chirographum. 24. D. de probat. (22. 3.)

Vierzehnter Titel.

Beweis durch den Eid*).

1. Zur Entscheidung eines gerichtlichen Streites und als Beweismittel kommt der Eid in zwei Weisen vor Gericht in Anwendung: indem ihn der Kläger unter Auktorität des Richters dem Verklagten zur Entscheidung der Sache anträgt, oder der Richter ihn einem der beiden Theile zur Gewinnung eigener Ueberzeugung auferlegt[1]). Es läßt sich sofort erkennen, daß Civilstreitigkeiten durch den Eid in beiden Weisen entschieden werden können, und daß er in allen Prozeßformen und Instanzen wegen solcher Sachen vorkommen kann; ob und in wie fern er aber auch in Strafprozesse Anwendung finde, kann erst die nähere Entwickelung der Lehre ergeben.

Von jedem dieser Eide ist der außergerichtliche, den Einer dem Andern zur Entscheidung eines Streites anträgt, ganz verschieden. Die Leistung dieses außergerichtlich angetragenen Eides entscheidet dann zwar den Streit, wie ein Vergleich, transactio[2]), er kann aber, obgleich angetragen, nicht deferirt werden[3]).

2. Zur Entscheidung seiner gerichtlich anhängigen Klage kann der Kläger dem Verklagten mit Genehmigung des Richters den Eid, ohne Rücksicht darauf, ob er andere Beweismittel besitzt oder sie schon erbracht hat, oder nicht, antragen, deferre jusjurandum. Nimmt dieser ihn an und leistet ihn, so gilt die Sache als bewiesen, und es muß die richterliche Entscheidung für den Schwörenden erfolgen, oder vielmehr, die Sache ist dadurch entschieden[1]).

---

*) De jure jurando. X. (2. 24.) — in 6. (2. 11.) — Clem. (2. 9.) — D. (12. 2.) — C. (4. 1.)

[1]) Fr. Maximum. 1. D. h. t.

[2]) Fr. Jusjurandum. 2. D. eod: »Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata.«

[3]) Fr. Jusjurandum. 17. pr. D. eod: »Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.«

[1]) Fr. Jusjurandum. 1. pr. D. quar. rer. actio non datur. (44. 5.): »Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum.« Gl. zu c. Etsi christianus. 26. X. h. t. v. Omnis controversiae: ». . . quia post juramentum delatum et praestitum nihil amplius quaerendum est.«

Der Verklagte kann aber dem Kläger auch den Eid zurückschieben, referre. Thut er weder das Eine, noch das Andere; so wird die Weigerung als Geständniß angesehen, und wird gegen ihn gesprochen [2]). Schwört der Kläger den referirten Eid, so wird für ihn, lehnt er ihn ab, so wird gegen ihn erkannt [3]).

3. Die Heiligkeit des Eides erheischt, daß dem Verklagten nach geschehenem Eidesantrage eine Bedenkzeit, wenn er darum bittet, gestattet werde [1]). Sie kann theils dadurch nothwendig werden, daß er noch eine nähere Prüfung des Sachverhältnisses, um gewissenhaft schwören zu können, bedarf, theils auch, um zu erwägen, ob er den Eid referiren solle, oder welche Schutzmittel ihm gegen die Eidesdelation noch zu Gebote stehen und anzuwenden sind, oder um gar einen Gegenbeweis zu ermitteln und sein Gewissen durch Beweis zu vertreten, probatio pro exoneranda conscientia. Gegen die Delation kann er nämlich Berufung einwenden [2]), wofern er sie als ihm zuträglicher erkennt. Gelingt ihm die Gewissensvertretung nicht durch den vollständigen Beweis, so ist ihm die Annahme oder die Relation des Eides nicht entzogen. Der Versuch des Gegenbeweises kann nicht als eine Eidesverweigerung gelten, er muß vielmehr als Zeichen der gewissenhaften Heilighaltung des Eides angesehen werden [3]).

Nimmt der Verklagte den Eid an, so kann er noch vor der Ableistung vom Kläger den Gefährdeeid, jusjurandum de calumnia, daß er nicht aus Chikane angetragen werde, fordern [4]), oder den Eid, der erklärten Annahme ungeachtet, noch referiren [5]).

---

[2]) Fr. Jusjurandum. 34. §. 9. D. h. t.: »Ait Praetor: eum, a quo jusjurandum petitur, solvere, aut jurare cogam.« Fr. Manifestae. 38. D. eod: »Manifestae turpitudinis et confessionis sunt, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.«

[3]) Fr. Jusjurandum. 34. §. 9. D. eod: ». . . judex jurantem absolvit.« C. Generaliter. 12. §. 2. C. eod.

[1]) Fr. Jusjurandum. 34. pr. D. eod: ». . . spatium dandum, ut certioretur, et sic juret.«

[2]) C. Generaliter. 12. §. 2. C. eod: ». . . habeat sibi in ultima provocatione repositum auxilium.«

[3]) Quintil. Inst. orat. V. 6. §. 5: ». . . se autem probare malle, quae affirmat, quam dubium cuiquam relinquere, an pejerarit.«

[4]) Fr. Jusjurandum. 34. §. 4. D. h. t.: »Qui jusjurandum defert, prior de calumnia debet jurare, si hoc exigatur, deinde sic ei jurabitur.«

[5]) Fr. Illud. 25. §. 1. D. de pecun. constit. (13. 5.): ». . . nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam ut ipse juret.«

Leistet der Kläger den Calumnieneid nicht, so gilt der deferirte als erlassen[6]), und es wird gegen ihn erkannt[7]), wofern er zu dem Einen oder dem Andern verpflichtet werden konnte. Den Eltern, wie auch dem Patrone[8]), wird dieser Eid erlassen, sie können mithin nicht dazu gezwungen werden. Andere Verhältnisse, unter welchen dieser deferirte Eid nicht gefordert werden kann, müssen nachher angegeben werden.

Der Kläger kann indessen den schon deferirten Eid, bevor er geleistet ist, widerrufen und von andern Beweismitteln Gebrauch machen. Nach dem Widerrufe ist ihm aber die Rückkehr zur Eidesdelation nicht mehr gestattet[9]).

4. Dieses Verfahren hat das Besondere und Eigenthümliche, daß der Eine die Entscheidung über den Rechtsstreit unter richterlicher Auktorität von der religiösen Gewissenhaftigkeit des Andern abhängig macht, daher die Handlung als ein gegenseitiger gerichtlicher religiöser Compromiß, als ein Schiedsgericht aufzufassen ist. Die Entscheidung durch den außergerichtlich angetragenen und geleisteten Eid hat Aehnlichkeit mit einem Vergleiche[1]), die gerichtliche hingegen mit einem Richterspruche, indem dabei der Schwörende als der Entscheidende, als Richter, erscheint[2]). Aus dieser Eigenheit ergeben sich alle Besonderheiten der Handlung.

Die nächste Frage ist die nach dem Subjekte, wer den Eid zuschieben könne. Darauf bietet sich die Antwort von selbst dar, daß der Antrag nicht von dem Verklagten so ausgehen kann, daß er den Kläger zur

---

6) Fr. Si non fuerit. 37. D. h. t: »Si non fuerit remissum jusjurandum ab eo, qui detulerit, sed de calumnia non juratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio; sibi enim imputet, qui processit ad delationem jurisjurandi, nec prius de calumnia juravit, ut sit iste remittenti similis.«

7) C. Delata. 9. C. h. t

8) Fr. Licet. 7. §. 3. D. de obseq. parent. et patr. praest. (37. 15.): »Nec deferentes jusjurandum de calumnia jurant.« Das gilt von Eltern und Patronen. Fr. De die ponenda. 8. §. 5. D. qui satisd. cog. (2. 8.): ». . . Sed quibusdam hoc jusjurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus et patronis.« Fr. Si patronus. 16. D. h. t.: ». . . sed et si ipse deferat jusjurandum libertae suae, de calumnia non debet jurare.« In Fr. Jusjurandum. 34. §. 4. D. h. t.: ». . . Hoc jusjurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur,« ist als corrupt zu betrachten.

9) C. Si quis. 11. C. h. t.

1) §. 1. Not. 2.

2) §. 2. Not. 1. C. Quaestionem. 32. C. de fideicom. (6. 42.): ». . . cum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est.«

Annahme und Leistung des Eides verpflichten könnte [3]). Erst wenn der Kläger durch die Delation sein Recht zur Entscheidung auf den Schiedsweg gebracht hat, kann die Sache auf demselben verfolgt werden, und so ein Zurückschieben, nicht aber sofort eine Auflage des Schiedseides gerechtfertigt erscheinen.

5. Eben diese Beschreitung des Schiedsweges setzt Seitens des Klägers freies Verfügungsrecht über den streitigen Gegenstand voraus. Aus diesem Grunde und zugleich, weil sie sich nicht selbstständig verpflichten können, können Alle, die unter Vormundschaft oder Cura stehen [1]), obgleich sie Eigenthümer sind, den Eid nicht deferiren, mündige Pupillen nur unter Beistand des Vormundes [2]), der Vormund eines Pupillen nur, wenn alle andere Beweismittel abgehen [3]), Prokuratoren aber nur, wenn sie den Auftrag dazu im Allgemeinen [4]) oder im Besondern haben [5]), und eben so bestellte Curatoren.

Auf der anderen Seite setzt die Eidesdelation einen Verklagten voraus, der sein eigenes Recht vertritt oder vertreten kann, und in dieser Eigenschaft den Eid annehmen oder referiren muß. In dieser Lage sind Tutoren und Prokuratoren, als solche, nicht, weßhalb sie nicht zur Annahme gezwungen werden können [6]). In einer fremden Sache kann in der Regel eine so genaue Kenntniß und gewissenhafte Ueberzeugung nicht angenommen werden, daß ein solcher Zwang gerechtfertigt würde [7]), ohne daß jedoch die Unzulässigkeit der Eidesannahme im Allgemeinen behauptet werden kann. Eben so kann dem Pupillen, auch wenn er noch nicht eidesmündig sein sollte, der Eid zwar angetragen

---

[3]) Fr. Ait Praetor. 3. pr. D. h. t.: »Ait Praetor: si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit. Eum, cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum.«

[1]) Fr. Nam, postea. 9. §. 4. Fr. Tutor. 35. §. 1. D. eod.

[2]) Fr. Jusjurandum. 17. §. 1. D. eod.

[3]) Fr. Tutor. 35. pr. D. eod: ». . . omnibus probationibus aliis deficientibus.«

[4]) Fr. Jusjurandum. 17. §. 3. Fr. Alias autem. 18. Fr. Si itaque. 19. D. eod. C. Qui ad agendum. 4. in f. de procur. in 6. (I. 19.)

[5]) Not. 4. Fr. Jusjurandum. 34. §. 1. D. h. t.

[6]) Fr. Jusjurandum. 34. §. 3. D. h. t.: »Procurator non compellitur jurare, nec defensor.«

[7]) Fr. Videamus. 4. pr. D. de in lit. jur. (12. 3.): ». . . grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire.«

werden, und kann der Pupille ihn leisten [8]), doch nicht dazu gezwungen werden, [9]), auch nicht wenn er eidesmündig ist [10]). Jedem andern Verklagten kann der Kläger den Eid mit seinen Rechtswirkungen antragen, da es ihm unbenommen bleiben muß, über sein Recht in jeder ihm zuständigen Weise entscheiden zu lassen [11]). Und darin ist er selbst Ehrlosen oder Meineidigen gegenüber nicht beschränkt.

6. Der Schiedseid soll nicht über einen, lediglich zweifelhaften oder streitigen und zu beweisenden Gegenstand, sondern über einen gerichtlichen Rechtsstreit entscheiden. Sein Objekt ist also ein gerichtlich anhängiger Rechtsstreit. Er setzt mithin eine gerichtlich anhängig gewordene Klage voraus. Und so steht er mit dem Klagerecht in enger Verbindung, und das so, daß er unstatthaft ist, wo dieses nicht besteht, und aufhört, zulässig zu sein, wo dieses aufgehoben ist [1]).

Er kann sich übrigens auf Alles beziehen, was Gegenstand einer Privatklage, auch einer an sich ehrenrührigen, act. famosa, sein kann [2]), die aus Delikten entspringenden nicht ausgenommen [3]).

Ein solcher Gegenstand kann ferner selbstredend nur ein Recht sein,

---

8) Fr. Qui jurasse. 26. D. h. t.: »Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, quamvis pupillus non videatur pejerare, quia sciens fallere non videatur.« Fr. Videamus. 4. pr. D. de in lit. jur. (12. 3.): »Videamus in tutelari causa, quis jurare et adversus quem possit. Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest .... Adolescens vero, si velit jurare, potest.«

9) Fr. Jusjurandum. 34. §. 4. D. h. t.: »Pupillo non defertur jusjurandum.«

10) Fr. Videamus. 4. pr. D. de in lit. jur. Not. 8.

11) Fr. Qui jurasse. 26. D. h. t. Not. 8: »... qui contentus eo, cum deferret, fuit.«

1) C. In contractibus. 14. §. 3. C. de non numer. pecun. (4. 30.): »... in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum, in his nec jusjurandum offerre licet.«

2) Fr. Ait Praetor. 3. §. 1. D. h. t. »Quacunque autem actione quis conveniatur, si juraverit, proficiet ei jusjurandum ... sive poenali actione, vel alia quavis agatur, sive interdicto.« Fr. Jusjurandum. 35. pr. D. eod. Fr. Cum de indebito. 25. §. 3. D. de probat. (22. 3.)

3) Fr. Furti. 6. §. 4. D. de his, qui not. (3. 2.): »Sed et si, jurejurando delato, juraverit quis, non deliquisse, non erit notatus.« Fr. Si duo. 13. §. 2. D. h. t.: »... qui juravit, furtum se non fecisse.« Fr. Si quis uxori. 52. §. 27. D. de furt. (47. 2.). Ueber injuria: Fr. Lex Cornelia. 5. §. 8. Fr. Non solum. 11. §. 1. D. de injur. (47. 10.)

worüber die Streitenden zu verfügen haben, mithin nicht ein fremdes Recht. Die Eidesleistung kann daher Dritten so wenig nutzen, als schaden[4]). Aus diesem Grunde allein schon ist auch die Eidesdelation in allen Fällen unzulässig, in denen es sich um Bestrafung öffentlicher Delikte, oder um öffentliche Angelegenheiten, wozu auch die Ehe gehört, handelt.

Da endlich dieser Eid das entscheidende Zeugniß nach des Schwörenden gewissenhafter Ueberzeugnng sein soll[5]), so kann er nicht über Thatsachen erwartet und gefordert werden, von welchen der Verklagte keine Kenntniß haben kann[6]). Auch über eine fremde Handlung, wovon der Verklagte nicht der physische oder der intellektuelle Urheber ist, kann ihm der Eid nicht deferirt werden[7]).

Ueber seine eigenen strafbaren, oder auch entehrenden Handlungen kann, wie gezeigt, der Eid zwar deferirt, der deferirte jedoch von dem Verklagten nicht referirt[8]), werden.

---

[4]) Fr. Ait Praetor. 3. §. 3. D. h. t.: »... jusjurandum alteri neque prodest, neque nocet.« Fr. Nam postea. 9. in f. Fr. Quia non debet. 10. Fr. Sed si possessori. 11. §. 3. Fr. Idem est. 12. D. eod. C. Nec filius. 7. C. h. t.

[5]) §. 4. C. Quaestionem. 32. C. de fideicom. (6. 42.) §. 4. Not. 2: »... judex et testis.«

[6]) Fr. Qui in alterius. 42. D. de R. J. (50. 17.): »Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur.«

[7]) Fr. Marcellus. 11. §. 2. D. de act. rer. amot. (25. 2.): »... cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare. Is ergo cogitur jurare, qui amovisse dicitur, et idcirco nec haeres ejus, qui quaeve amovisse dicetur, jurare cogitur.«

[8]) Die Not. 7. angeführte Stelle fr. Marcellus. 11. D. de act. rer. amot. schließt Ulpian mit §. 3: »Si quis delatum sibi jusjurandum referre velit, non videtur Praetor permisisse.« Sie bezieht sich auf Entwendungen von ehelichem Vermögen während der Ehe durch den Mann oder die Frau in der Erwartung der Ehescheidung, nach deren Eintritt der Benachtheiligte gegen den Entwender nicht die entehrende Diebstahlsklage, sondern die nicht entehrende actio rerum amotarum hatte. Sie stand denn auch dem Manne zu, wenn seine Sachen entwendet waren. Er konnte dabei den Eid deferiren, wie auch jeder Andere, die Frau aber konnte ihn nicht referiren. Dieser Stelle nun folgt eine von Paulus, fr. Non magis. 12. D. eod. des Inhaltes: »Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, jusjurandum deferat, an ipse fur sit,« und eine andere vou Ulpian, fr. Ideo. 13. D. eod: »Ideo Labeo scribit, mulieri non esse permittendum referre jusjurandum, et ita edictum ordinarium videtur.« Hierüber heißt es in c. Juramentum. 36. pr. X. h. t.: »Juramentum .... quamvis, quod in judicio a parte parti defertur, recusari possit licite, ac referri, nec liceat convento famosa actione referre hujusmodi jusjurandum.«

7. Der Inhalt dieses Eides muß, wie bei jedem zu führenden Beweise der Beweissatz, ein genau bestimmter sein, des deferirten sowohl, als des referirten. Dadurch wird eine gegenseitige Einigung unter der Auktorität des Richters nothwendig. Bei abweichenden Ansichten und Anträgen über die Fassung des Satzes einerseits ist eine auktoritative Entscheidung Bedürfniß [1]), und andererseits muß die ganze Handlung als eine gerichtliche unter Mitbetheiligung des Richters vor sich gehen, daher auch die Fassung des Eides mit richterlicher Genehmigung festgesetzt werden [2]). Durch diese Genehmigung erhält der Eid seine rechtliche Bedeutung. Wie nun der außergerichtliche eine solche nicht gewinnt, so kann auch nicht derjenige, der vor einem nicht competenten Richter deferirte, [3]) oder auch geleistete Eid nicht die rechtlichen Folgen eines gerichtlichen haben, weßhalb denn die Eidesleistung selbst in allen gesetzlich nicht ausgenommenen Fällen, bei ausgezeichneten Personen oder bei Kranken nämlich, vor dem Richter geschieht [4]).

8. Mit der Eidesleistung ist die Sache gerichtlich entschieden, und zwar mit der Wirkung eines rechtskräftigen Richterspruches, res judicata [1]), so, daß nicht mehr nach der Berechtigung hinsichtlich des streitigen Gegenstandes, sondern nur nach der Thatsache der Leistung des Eides gefragt wird [2]). Daher kann die Exekution der Entscheidung durch keine Berufung mehr aufgehalten werden; diese ist vielmehr nicht zuläßig [3]). Es können

---

[1]) Fr. Jusjurandum. 34. §. 5. D. h. t.: »Si de qualitate juramenti fuerit inter partes dubitatum, conceptio ejus arbitri judicantis est.« §. 8: »Non semper autem consonans est, per omnia referri jusjurandum, quale defertur: forsitan ex diversitate rerum, vel personarum . . . ideoque, si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusmodi jurisjurandi terminetur.«

[2]) C. Generaliter. 12. §. 1. C. h. t.: »Sed juramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit et a judice approbatum.«

[3]) Fr. Tutor. 35. §. 2. D. h. t.

[4]) Fr. Ad personas. 15. D. h. t.: »Ad personas egregias, eosque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad jurandum.« C. Generaliter. 12. §. 5. C. eod: ». . . sive sub ipso judice praestari oportet juramentum, sive in domibus . . .«

[1]) §. 2. Not. 1.

[2]) Fr. Non erit. 5. §. 2. D. h. t.: »Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam an juratum sit, remissa quaestione, an debeatur.« §. Item si. 11. J. de act. (4. 6.)

[3]) C. Generaliter. 12. §. 3. C. h. t.: »Sive autem illatum juramentum praestitum fuerit, sive recusatum, ipsi parti, quae hoc intulit, nullum provocationis remedium reservabitur.«

diesemnach etwa neu aufgefundene Beweismittel nicht weiter mehr geltend gemacht werden, und selbst auf den Grund eines erweislich falschen Eides ist eine neue Untersuchung, retractatio, ausgeschlossen[4]), die doch bei erweislich falschen Urkunden erfolgen kann. Die einzige Ausnahme tritt zur Begünstigung letztwilliger Verfügungen in dem Falle ein, wenn ein Legatar oder Fideicommissar dem Erben gegenüber, der das Testament etwa noch nicht besitzt, über ein Vermächtniß für ihn den angetragenen Eid leistet, indem das daurauf Bezahlte, wenn sich aus dem Testamente die Unwahrheit ergibt, zurückgefordert werden kann[5]).

9. Bei dem gerichtlichen Gebrauche des Eides in der zweiten Weise geht die Auflage von dem Richter selbst, doch nicht sofort und beliebig, sondern erst dann aus, wenn die angetretene Beweisführung geschlossen ist, ohne eine juristische Gewißheit geliefert, und eine richterliche Ueberzeugung begründet zu haben[1]). Ist voller Beweis erbracht, so ist die Eidesauflage nicht nur kein Bedürfniß mehr, sondern auch untersagt[2]); sie ist nur dann zulässig, wenn das Beweisverfahren nicht den erforderlichen Beweis ergeben hat. Bloße Beweisversuche rechtfertigen sie also auch nicht, da es auf ein Beweisergebniß ankommt. Der Schluß des Beweisverfahrens ferner kann auch nicht dann schon als gegeben angesehen werden, wenn der Beweisführer die von ihm angemeldeten Mittel erbracht hat, sondern erst, wenn kein anderes, in der Sache mögliches, erbringlich oder als beweisend erfunden ist[3]). Die Erbringung solcher darf keinem Theile durch Schließung des Verfahrens und durch Eidesauflage abgeschnitten werden. Zeigt sich durch das Erbrachte nichts als erwiesen, so ist der Richter nicht zur Eidesauflage befugt, sondern zur

---

[4]) Fr. Quod si. 21. D. de dol. mal. (4. 3.): »Quod si, deferente me, juraveris, et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum, . . . stari . . . religioni debere.« C. Causa. 1. C. h. t.: »Causa jurejurando . . . delato et praestito vel remisso, decisa, nec perjurii praetextu retractari potest.«

[5]) C. Cum quis legatum. 13. C. h. t.

[1]) Fr. Admonendi. 31. D. h. t.: ». . . solent enim saepe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit.«

[2]) In c. Sicut consuetudo. 2. X. de probat. (2. 19.), hat Alexander III. die Gewohnheit »ut, cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis, aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur; quod si subire noluerit, fides probationibus non habeatur,« verworfen.

[3]) C. In bonae fidei. 3. C. h. t.: ». . . inopia probationum per judicem jurejurando causa cognita res deciditur.« Cfr. Not. 4.

Freisprechung verpflichtet [4]). Bis zu einem gewissen Grade muß der Beweis geliefert sein, daß der Richter zu einem Fürwahrhalten bestimmt wird, ohne sich juristisch entscheiden zu können, und es fragt sich dann zunächst, wie weit der Beweis erbracht sein muß, und sodann, wem der Eid aufzulegen ist.

10. Ist von dem Kläger, etwa durch einen Zeugen, bloß eine Vermuthung, praesumtio, begründet, oder wie es bezeichnet zu werden pflegt, nur halber Beweis erbracht; so hat er nicht bewiesen, und es kann nicht für ihn entschieden werden. Er hat dann nichts für sich, als die Wahrscheinlichkeit seiner Behauptung vermöge jener Vermuthung; dieser gegenüber aber steht für den Verklagten die allgemeine Rechtsbegünstigung, einmal, daß eher die Freiheit, als eine Verpflichtung anzunehmen ist [1]), sodann und eben daher, daß das Recht den Verklagten mehr begünstigt, als den Kläger [2]). Für diese Lage nun gilt gegenüber dem Kläger die Regel [3]): »praesumptione vero faciente pro illo, reo

---

[4]) C. Sicut consuetudo. 2. in f. X. de probat: »... cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur.« C. Juramentum. 36. §. 1. X. h. t.: »Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et si nihil praestiterit, obtinere.« Gl. zu c. In bonae fidei. 3. C. h. t. v. decidi oportet: »Et nota, si actor plene probat, vincit; sed si nullo modo, absolvitur reus, licet non juret.«

[1]) Fr. Adrianus. 47. D. de obl. et act. (44. 7.): »... ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem.«

[2]) Fr. Favorabiliores. 125. D. de R. J.: »Favorabiliores rei potius, quam actores habentur.« C. Cum sint. 11. de R. J. in 6. (5. 12.): »Cum sint partium jura obscura, reo favendum est potius, quam actori.« C. Ex literis. 3. X. de probat. (2. 19.): »... cum promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum.«

[3]) C. Juramentum. 36. §. 1. X. h. t. Gl. v. in probatione: »... Si vero actor habet praesumptionem pro se et contra reum, tunc contra talem praesumptionem defertur a judice reo juramentum ad purgandam innocentiam suam.« Die Glosse zu c. In bonae fidei. 3. C. h. t. fährt in der §. 9. Not. 4. ausgehobenen Stelle nach den Worten: »licet non juret,« so fort: »nisi in casibus, in quibus lex defert reo juramentum ad purgationem sui ... Si autem actor semiplene probavit, per scripturam domesticam puta ... vel per comparationem literarum, per quam qualisqualis colligitur fides ... vel per fugam rei, qui debuit finito officio respondere per se vel per procuratorem ibi, ubi gessit officium ... vel per unum testem, quem dico semiplene probare ... In praedictis dico casibus juramentum defertur per legem istam. — Sed non apparet, cui, sed ponit in causae cognitione.«

deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam, juramentum, nisi judex, inspectis personarum et causae circumstantiis illud actori videat deferendum.« Bei erbrachtem halben Beweise wird also dem Verklagten der Eid auferlegt; mithin dann aber nicht, wenn ein solcher noch nicht erbracht ist, sondern es muß Freisprechung erfolgen. Durch diesen Eid erhärtet der Verklagte seine Unschuld, er hebt den durch die Vermuthung Seitens des Klägers veranlaßten Verdacht gegen sie auf und reinigt sie, woher der Eid ein Reinigungseid, juram. purgatorium. auch Befreiungseid, genannt wird. Nur unter besonderen Umständen, die für den Kläger sprechen, darf diesem der Eid bewilligt werden.

Aus den Umständen hinsichtlich der Personen oder der Sache können sich Gründe für oder gegen den andern Theil gewinnen lassen. Solche ergeben sich aus der Persönlichkeit eines jeden Theiles oder des Zeugen, aus dem Lebenswandel, dem zweideutigen oder verdächtigen Benehmen und aus Anderem, was die Glaubwürdigkeit schwächt oder erhöht; ferner aus dem Gegenstande, seiner größeren oder geringeren Wichtigkeit, aus dem Entstehen und dem Verlaufe des Streites. Je dringender die Vermuthung für den Kläger ist, und je mehr sich der geführte Beweis einem vollständigen nähert, desto eher wird sich der Richter für berechtigt erachten können, ihm den Eid aufzuerlegen [4]). Dieser Eid ergänzt den Beweis des Klägers und heißt Ergänzungseid, jur. suppletorium.

Ehrlosen, des Meineides Schuldigen oder Verdächtigen, seien sie Kläger oder Verklagter, darf ein solcher Eid nicht auferlegt werden.

Wem er auferlegt ist, wird verurtheilt, wenn er ihn nicht schwört, wofern er nicht aus einer der oben angegebenen Ursachen zur Ablehnung berechtigt ist [5]).

In wichtigen und schwierigen Civilsachen ist der Ergänzungseid nicht zulässig [6]), wo es sich namentlich um Eheverlöbnisse und um Ehesachen [7]),

---

[4]) Die Not. 3. angeführte Glosse zu c. Juramentum. 36. §. 1. X. h. t. v. probatione fährt so fort: »actori quandoque defertur juramentum in defectum probationis: puta cum habet unam bonam praesumptionem, sive unum bonum et honestum testem: tunc habito respectu ad quantitatem causae et qualitatem personae, ut non sit praesumptio, quod pro tanto debeat dejerare, defertur juramentum ipsi actori.«

[5]) C. Juramentum. 36. pr. X. h. t.: »Juramentum a te parti delatum, nisi justa de causa, non potuit recusari.« C. In bonae fidei. 3. C. h. t. §. 9. Not. 3: »res deciditur.«

[6]) Fagn. zu c. Sicut. 2. X. de prob. n. 6. Eng. h. t. n. 36. Pirrh. h. t n. 91.

[7]) Gl. zu c. Mulieri. 34. X. h. t. v. absoluto: »... Quid, si mulier ista

sei es um eine wirkliche, matr. carnale, oder um eine nachgebildete Ehe, matr. spirituale, handelt, wäre es bedenklich, den Ergänzungseid dem Kläger aufzulegen oder zu bewilligen. Zur Bewirkung der Auflösung der Ehe ist er ganz unzulässig, und eben so in Criminalsachen, weil in beiden Fällen vollständiger Beweis gefordert wird. Wegen Civilklagen in Folge von Delikten kann er auferlegt werden [8]), eben weil sie nur Civilforderungen verfolgen.

Wie in Strafsachen und in wie weit der Reinigungseid darin zulässig ist, muß der Lehre über das Strafverfahren vorbehalten werden.

11. Die Auflage dieses Eides ist eine amtliche Handlung des Richters und sie hat nicht den Charakter eines privatrechtlichen Compromisses, sondern den der Nothwendigkeit von Gerichts wegen, weßhalb er auch nicht abgelehnt [1]) und nicht referirt werden kann und ein nothwendiger, jur. necessarium, heißt, im Gegensatze zu welchem jener andere ein freiwilliger, jur. voluntarium, genannt wird [2]). — Dieses Ursprunges und Charakters wegen kann auch gegen die Auflage sowohl, als gegen das in dessen Folge ergangene Urtheil Berufung ergriffen werden [3]).

Fünfzehnter Titel.

Augenschein. Sachverständige.

1. Die klare und bestimmte Auffassung einer Thatsache zur Gewinnung der juristischen Ueberzeugung, oder eines genau bezeichnenden Urtheiles macht zuweilen den Augenschein dem Richter nothwendig oder doch wünschenswerth; bei verschiedenen Fragen hängt auch die Fest-

---

habuisset unum bonum testem, numquid deferretur ei juramentum? . . . in tali causa non dico, juramentum deferendum, quantumcunque honesta sit persona, quia hic agitur quasi de statu hominis, cum per hoc servitus constituatur in ipsa, nec causa dicitur modica.«

[8]) Gl. zu c. Juramentum. 3. C. h. t. v. causis: ». . . non solum comprehendit contractus stricti juris, sed etiam delicta et quasidelicta.«

[1]) §. 10. Not. 5.

[2]) Gl. zu c. Juramentum. 36. pr. X. h. t. v. a te.

[3]) Fr. Admonendi. 31. D. h. t. C. Generaliter. 12. §. 2. C. h. t.

stellung der Thatsache von besondern Kenntnissen ab, welche nur durch ganz spezielle Studien, oder gemachte Erfahrungen, oder durch Uebung gewonnen werden können, wie die Tödtlichkeit einer Wunde, die körperliche Eheunfähigkeit, oder der Werth eines Kunstwerkes, in welchen Fällen also das gewissenhafte Urtheil, oder das Gutachten von Sachverständigen Bedürfniß wird. Beide ordnet der Richter, damit sie gerichtliche Handlungen werden und als solche von ihm zur Begründung seines Spruches benutzt werden können, an, sei es nun aus sich selbst und von Amts wegen, oder auf den Antrag der Parteien.

2. Der Richter kann, auch wenn alle Beweise und die zur Veranschaulichung des Gegenstandes, seiner Verhältnisse und Umstände dienenden Beschreibungen und Darstellungen erbracht sind, noch zur Erleichterung und Sicherung der eigenen Anschauung und Ueberzeugung einen persönlichen Augenschein wünschen, oder für nöthig erachten. Ihn hindert keine Rechtsbestimmung, einen solchen für sich und außergerichtlich zu nehmen; allein dann dient er auch nur ihm persönlich und zu seiner individuellen Belehrung und Ueberzeugung und wird kein gerichtliches Beweismittel, und zwar so wenig, als das tiefer in alle Umstände eingehende und die Thatsache verdeutlichende und veranschaulichende Privatgespräch mit einem Zeugen. Soll der richterliche Augenschein gerichtliche Bedeutung erhalten, so muß auch er von Gerichts wegen angeordnet und vorgenommen werden. Dieses ist ferner auch aus dem Grunde erforderlich, weil die Handlung in Privatsachen nicht ohne Mitbetheiligung, wenigstens nicht ohne Mitwissen der Parteien vorgenommen werden kann, damit ihnen die Gelegenheit, ihr Recht dabei zu wahren, unbenommen bleibe, dann aber zugleich, in Privatsachen, wie bei Untersuchungen von Amtswegen, das Ergebniß des Befundes, so weit sich wenigstens das Urtheil darauf stützen würde, gerichtlich festgestellt und hinterlegt werden muß. Geht der Antrag von einem, oder von beiden Theilen aus, so hat der Richter über die Zulässigkeit oder das Bedürfniß zu erkennen und die Vornahme zu verweigern, oder zu beschließen. Würde in Privatsachen gegen den von Amts wegen, oder auf den Antrag des einen Theiles angeordneten Augenschein Einspruch erhoben; so würde er erst nach dessen Beseitigung in dem dann dafür anberaumten Termine ausgeführt werden können. Da diese Erhebung und deren Ergebniß ein Beweismittel sind, wie das Zeugenverhör, so sind beide Betheiligte von der Vornahme in Kenntniß zu setzen und bleiben ihnen ihre Einsprüche, wie gegen die Zeugenverhöre, offen.

3. Fast gleiche Bewandtniß hat es mit dem Gutachten der Sach-

verständigen. Ist der Richter selbst Sachkenner, so ist ihm die Beurtheilung sehr erleichtert, doch nicht das Urtheil anderer Sachkenner entbehrlich, da er in Betreff der festzustellenden Thatsache nicht zu gleicher Zeit Zeuge und Richter sein kann. Handelte es sich lediglich um die Privatsache der Streitenden, so könnte es ihnen überlassen bleiben, eine Prüfung durch außergerichtlich und selbstgewählte Sachkundige vornehmen zu lassen und das gewonnene Ergebniß dem Richter vorzulegen, wie es ihnen frei stehen müßte, sich gegenseitig darüber zu verständigen. Wäre aber die Sache ganz, oder in einer Beziehung eine öffentliche, oder fände die vorausgesetzte Selbstwahl nicht statt; so müßte auch die Bestellung von Sachverständigen gerichtlich angeordnet und unter gerichtlicher Auktorität ausgeführt werden. Dabei bliebe es denn, selbst im Falle der von den Parteien für sich gewählten und vorgeschlagenen, dem Richter unbenommen, ebenfalls einen oder, je nach Bedürfniß, einige andere zugleich noch zu bestimmen, da ihn seine eigene beruhigende Ueberzeugung dazu berechtigt.

4. Als Sachverständige nun können nur solche bestellt werden, welche anerkannter Maßen die zu der Untersuchung erforderlichen Kenntnisse und zugleich Glaubwürdigkeit besitzen [1]). Der Auftrag muß ihnen mit bestimmter Angabe der Punkte, worüber sie ihr Urtheil und Gutachten abzugeben haben, wie die zu erledigende Frage als nothwendig und zweckmäßig ergibt, ertheilt und ihnen der Eid abgenommen werden [2]). Denn von der gewissenhaften Lösung ihrer Aufgabe hängt die richterliche Entscheidung ab, zu welcher sie in gleicher Beziehung stehen, wie die Zeugen, nur mit dem Unterschiede, daß diese ohne Auftrag über unabsichtlich Wahrgenommenes und ohne eigenes Urtheil, jene aber in richterlichem Auftrage

---

[1]) Fr. Temporibus. 1. pr. D. de inspiciendo ventre. (25. 4.): »... tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te assumptae fuerint, eam inspiciant.« C. Fraternitatis. 6. X. de frigidis. (4. 15.): »... quasdam matronas providas et honestas ad tuam praesentiam evocasti, districte illis injungens, sub periculo animarum, ut mulierem ipsam prudenter inspicerent et perquirerent diligenter.« C. Litterae vestrae. 7. X. eod: »... a matronis bonae opinionis, fide dignis ac expertis.« C. Caussam matrimonii. 4. X. de probat. (2. 19.): »... volumus et mandamus, ut adhuc honestas matronas, providas ac prudentes deputare curetis.«

[2]) C. Fraternitatis. 6. cit. X. de frig. (4. 15.) Gl. v. districte: »Hoc juramentum non est remittendum istis testibus, ne aliquid in fraudem matrimonii dicerent.« C. Hac edictali. 6. §. 1. C. de secund. nupt. (5. 9.): »... interposito juramento.« Nov. 7. C. 3. §. 2: »... duobus insignibus mechanicis et architectis ... sacrosanctis evangeliis positis definiantur ab architectis.«

und absichtlich untersuchen, über das Wahrgenommene und über eigene Ueberzeugung Zeugniß ablegen sollen. Erwägt man ihr Geschäft, das sie nach den in den Gesetzen vorkommenden Beispielen vorzunehmen haben, so zeigt sich dieses ihr Verhältniß deutlicher. Bei Grenzstreitigkeiten wird ein Landmesser vom Richter beauftragt, die wahre Sachlage an Ort und Stelle zu ermitteln. Die Parteien müssen zugezogen werden, weil ihr Recht verhandelt wird und sie wenigstens das Streitobjekt bestimmt bezeichnen müssen[3]). Die Aufgabe des Landmessers nun ist keine andere, als die Vermessung der streitigen Grundstücke und die Angabe der Grenzen, wie sie nach den gegenseitigen Behauptungen über die Größe eines jeden Stückes und nach den mathematischen Lehren gezogen werden müssen. Hierbei können freilich beim Messen und Berechnen Versehen vorkommen, sie lassen sich aber leicht entdecken, und außerdem ist die Arbeit eine so sichere, daß ein anderer Landmesser immer nur das nämliche Ergebniß gewinnen kann. Diese Sicherheit läßt es auch zu, daß der Richter mit seinem Urtheile nicht erst abwartet, bis ihm die Grenzbestimmung vorliegt, sondern es schon erläßt, so, daß die Vermessung als dessen Ausführung erscheint, wiewohl er eben so gut, und in der Regel besser, damit abwarten könnte. Das ganze Geschäft des Geometers besteht also in der Bezeugung der Thatsache, daß eine Grenzverrückung statt fand, und in der Angabe der wahren Grenzen.

Hängt die richterliche Entscheidung nicht von der Thatsache einer zugefügten Verwundung, sondern von der Thatsache der Tödtlichkeit der Wunde ab; so ist die Beweisführung in der Regel dadurch schwierig, daß die Wahrnehmung dieser Thatsache nicht den Sinnen und der Beurtheilung eines Jeden so offen, wie die Verwundung vorliegt, sondern besondere wissenschaftliche Kenntnisse und eine gewisse Uebung in Beobachtungen dieser Art erfordert, wie sie wissenschaftlich gebildete und praktisch geübte Aerzte besitzen. Die Aufgabe des als Sachverständiger bestellten

---

[3]) C. Si quis super. 3. C. finib. regundorum. (3. 39.): »... tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta veritate hujusmodi litigium terminetur. Quod si altera pars, ne hujusmodi quaestio terminetur, se subtraxerit, nihilominus agrimensor in ipsis locis jussione rectoris provinciae una cum observante parte hoc ipsum faciens perveniet.« Diese Vorschrift enthält nur eine spezielle Ausführung der in fr. Si irruptione 8. §. 1. D. finium regund. (10. 1.) ertheilten. — Fr. id. pr. D. eod. ordnet eine Verwaltungsmaßregel an. In fr. Inter Castellianum. 44. D. de receptis. (4. 8.) wurde ein von den Parteien gewählter Arbiter bestellt, der denn, wie in andern Sachen der delegirte Richter, handelte und die Entscheidung traf.

Arztes ist nun ebenfalls eine doppelte: nämlich die Merkmale, welche die Wissenschaft und Erfahrung an einer Wunde als die einer tödtlichen lehren, anzugeben, das heißt, einen Bericht über den befundenen Zustand der Wunde abzustatten, und sodann, seine Ueberzeugung von ihrer Tödtlichkeit auszusprechen. Die zweite Aussage ist, weil es gerade auf sie ankommt, eben so unerläßlich, als bei dem Geometer die Grenzbestimmung und bei dem Zeugen, der eine Verwundung bezeugen soll, die Angabe der wahrgenommenen Wunde, ohne welche der Richter wohl zur Vermuthung von einer Verwundung, noch nicht aber zu einer Ueberzeugung von einer solchen geführt werden könnte; der Bericht aber ist schon wegen des Hauptzeugnisses nicht zu umgehen, wie auch der Zeuge in der eigenen Wahrnehmung den Grund seines Zeugnisses angeben muß, indem die Nachweise, daß und wie das Gutachten nach den Grundsätzen der Wissenschaft gewonnen wurde, auf die Ueberzeugung des Richters von Einfluß ist. Die Aufgabe des Geometers ferner ist ganz anderer Art. Ihr Gegenstand führt es mit sich, daß das Ergebniß ein objektiv gewisses ist, was von den Lehren der medizinischen Wissenschaft wenigstens nicht in allen Fällen von Verwundungen behauptet werden kann. Wenn daher die Lösung eines einzigen Geometers hinreichende Gewißheit liefern kann, so wird dieses nicht immer von einer ärztlichen Untersuchung gelten dürfen, sondern es werden deren mehre und zwar wenigstens zwei vorgenommen werden müssen. Der Grund davon liegt in der Mittelbarkeit, womit die ärztliche Feststellung von der tödtlichen Beschaffenheit der Wunde gewonnen wird, und dazu kommt, daß zur Constatirung jeder Thatsache wenigstens zwei Zeugen erforderlich sind [4]). In ähnlicher Weise kann die Gesundheitsschwäche nur durch Arzte bezeugt werden; handelte es sich aber zugleich von der Unfähigkeit zum Militairdienste, oder zu andern beschwerlichen Verrichtungen, so würde das ärztliche Zeugniß nicht immer ohne gleichzeitige Beurtheilung von Solchen, welche diese Dienste genauer kennen, für ausreichend erachtet werden können [5]). Die Beurtheilung der körper-

---

[4]) Daher heißt es in c. Significasti. 18. X. de homicid. (5. 12.): »... si certa apparuisset percussio, ab eodem inflicta tam modica et tam levis, in ea parte corporis, in qua quis de levi percuti non solet ad mortem, ut peritorum judicio medicorum talis percussio assereretur non fuisse letalis.« Es sind also mehre Aerzte über die Tödtlichkeit zu befragen und zugleich haben sie die Gründe anzugeben.

[5]) C. Semel causaria. 6. C. qui militare possunt. (12. 36.): »... quando non temere dimittantur (milites), nisi quos constat medicis denuntiantibus et judice competente diligenter examinante, vitium contraxisse.« Außer den Aerzten hat auch das Kriegsgericht ein Urtheil über die Dienstunfähigkeit.

lichen Eheunfähigkeit ist oft noch schwieriger, da nicht immer direkte Merkmale gegeben sind[6]), sondern sie aus andern gefolgert werden muß[7]). Zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung kann es daher in solchen Fällen nothwendig werden, außer den von den Parteien vorgeschlagenen Sachverständigen deren auch noch einige von Amts wegen zu beauftragen[8]). Aehnliches gilt von der Ermittelung der wirklichen Schwangerschaft[9]). — Für diese Untersuchungen bieten indessen Wissenschaft und Erfahrung gewisse Grundsätze und Haltpunkte dar, die bei Vermögensabschätzungen[10]), bei Bestimmungen von Alimentationen[11]) oder bei Begutachtung der hinreichenden Bürgschaft[12]) fehlen.

5. Hiernach muß als Regel aufgestellt werden, daß die Sachverständigen wie Zeugen anzusehen und zu behandeln sind, wie denn auch ihre Berichte Zeugnisse[1]) und sie selbst Zeugen[2]) genannt werden, und daß ihrer immer einige herangezogen werden müssen. Angegeben findet sich, als die geringste, die Zahl drei[3]), außerdem fünf[4]) und sieben[5]), nebst der praktischen Bestimmung, daß sie, um eine Mehrheit zu sichern, mit ungrader Zahl zu bestellen sind[6]). Eine weitere Folge ist diese, daß die Sachverständigen ihr Zeugniß schriftlich oder zu Protokoll abzugeben haben durch Bericht über den Sachbefund[7]) und durch ihr

---

[6]) Wie in c. Fraternitatis. 6. X. de frigidis. (4. 15.) der Fall war.

[7]) Wie in c. Proposuisti. 4. X. de probat. (2. 19.) u. c. Litterae. 7. X. de frigidis.

[8]) C. Caussam matrimonii. 14. X. de probat. (2. 19.): »... etiam probationes alias, ... quas pars utralibet duxerit producendas, mandamus, ut adhuc honestas matronas ... deputare curetis ad inquirendum ...«

[9]) Fr. Temporibus. 1. pr. D. de inspiciendo ventre. (25. 4.)

[10]) Fr. Si quis a liberis. 5. §. 25. D. de agnosc. et alend. lib. (25. 3.) C. Cum causa. 42. X. de testib. (2. 20.)

[11]) Fr. Sicut liberorum. 1. §. 25. D. de ventre in poss. mitt. (37. 4.)

[12]) Fr. Arbitro. 9. D. qui satisdare cogantur. (2. 8.) Fr. Quaesitum est. 2. D. a quib. app. non licet. (49. 2.)

[1]) C. Proposuisti. 4. X. de probat. (2. 19.): »... testimonio septem mulierum probavit ... testimonio illarum septem mulierum fides est potius adhibenda.« C. Litterae. 7. X. de frigidis (4. 15.): »... quae perhibuerunt testimonium, ipsam adhuc virginem permanere.«

[2]) C. Cum causa. 42. X. de testib. (2. 20.): »... recipiatis testes ...«

[3]) Fr. Temporibus. 1. pr. cit. D. de inspic. ventre. (25. 4.)

[4]) Fr. Temporibus. 1. §. 10. D. eod.

[5]) C. Proposuisti. 4. X. de probat.

[6]) Fr. Item hi. 17. §. 6. D. de receptis, qui arbitr. (4. 8.)

[7]) Fr. Temporibus. 1. pr. D. de insp. ventre. (25. 4.): »Etsi quidem vel omnes, vel duae renuntiaverint, praegnantem videri.« C. Semel causaria. 6. cit. C. qui militare possunt. (12. 36.): »medicis denuntiantibus.«

dadurch begründetes Urtheil, und daß der Bericht jedes Einzelnen, wenn er Widersprüche enthält, und die abgegebenen Berichte, wenn sie einander widersprechen, wie sich widersprechende Zeugenaussagen zu beurtheilen sind. Von der Beurtheilung des Richters endlich gilt dasselbe, wie von der Beurtheilung der Zeugenaussagen. Er muß die Gutachten aufnehmen, wie sie ihm abgegeben sind, und darf sich nicht von dem wissenschaftlichen oder praktischen Standpunkte aus über die Sachverständigen erheben wollen. Stimmen sie nicht alle in ihrem Endergebnisse überein, so hat er die Mehrzahl zu befolgen[8]), wofern ihn nicht, wie bei den Zeugen, wichtige Gründe vermögen, der Minderzahl den Vorzug zu geben, oder auch eine neue Besichtigung zu veranlassen. Auf eine solche würden auch die Parteien antragen können, wenn sich das Bedürfniß ergäbe, und ihnen steht es auch zu, wie gegen Zeugenaussagen, ihre Ausstellungen zur Geltung zu bringen.

Sechszehnter Titel.

Vermuthung. Künstlicher Beweis*).

1. Die bisher besprochenen eigentlichen Beweismittel liefern dem richterlichen Fürwahrhalten die Thatsache selbst und unmittelbar. Der Beschuldigte gesteht, die Zeugen bekunden und der Augenschein zeigt dem Richter die Thatsache, worüber er zu entscheiden hat, und sie sind direkte und natürliche Beweismittel. Derselbe kann sich aber auch selbst durch Folgerungen und Vernunftschlüsse aus gegebenen oder erwiesenen Thatsachen ein Urtheil bilden und eine Ueberzeugung von der Wahrheit und Wirklichkeit einer andern, mit jener im Zusammenhange stehenden Thatsache, also indirekt und mittelbar, gewinnen; und der so vermittelte Beweis wird ein künstlicher genannt, und die ihn liefernden Mittel sind künstliche. Dazu gehören die Vermuthungen.

2. Vermuthen ist das Fürwahrhalten aus einem gegebenen

---

8) Fr. Temporibus. 1. pr. cit. D. de insp. ventre. (25. 4.) Fr. Item si. 17. §. 6. cit. D. de recept. (4. 8.)

*) De praesumptionibus. X. (2. 23.) — De probationibus et praesumptionibus. D. (22. 3.)

äußern objektiven, nicht subjektiven, oder einem durch Schlußfolgerung aus erwiesenen Thatsachen abgeleiteten Grunde mit dem Bewußtsein der größeren oder geringeren Ungewißheit. Charakteristisch an der Vermuthung ist das Bewußtsein der Ungewißheit, welches in der erkannten näheren oder ferneren Verbindung und gegenseitigen Beziehung des Grundes mit und zu der für wahr gehaltenen Thatsache als dem Begründeten nach den Gesetzen des menschlichen Wahrheitsvermögens seinen Ursprung hat. Je enger diese Verbindung ist und je deutlicher sie erkannt wird, desto größer wird die Vernunftnöthigung zur Annahme der Wahrheit, und desto geringer die Ungewißheit, welche umgekehrt steigt, je weniger sich uns die Thatsache als ein Begründetes aufdringt. Je undeutlicher der Grund des Fürwahrhaltens erkannt ist, oder je ferner er der zu begründenden Thatsache steht, nähert sich die Vermuthung der Ahnung, die nicht aus dem Erkenntnißvermögen vermittelst erkannter Gründe, sondern aus dem Gefühle vermöge auf dasselbe ausgeübter Eindrücke entspringt, oder nähert sich, wenn sie durch ihren, in Beziehung auf Andere, nachtheiligen Inhalt Verdacht, suspicio, ist, dem Argwohne, der ebenfalls nicht aus erkannten äußern Gründen, sondern aus der Stimmung und dem Gemüthe des urtheilenden Subjektes hervorgeht. Bei dieser Nähe der Grenzen verursachen Einbildungskraft und Leidenschaft leicht eine Verwechselung von Ahnungen und Argwohn mit Vermuthungen und Verdacht, durch welche Verwechselung dann die Vermuthungen der Gerechtigkeit des Richters gefährliche Irrlichter und ein furchtbares Mittel zur Verfolgung der Unschuldigen werden können. Schon dieses Umstandes wegen verdient die Lehre von den Vermuthungen eine besondere Aufmerksamkeit.

Vermuthung, praesumtio, heißt auch das aus einer Thatsache abgeleitete Urtheil über eine mit größerer oder geringerer Ungewißheit für wahr gehaltenen Thatsache, und, wenn sein Inhalt ein nachtheiliger ist, Verdacht, suspicio. Und in diesem Sinne ist von den Vermuthungen als Beweismitteln die Rede, ohne daß dadurch aber ein an sich wesentlicher Unterschied geltend wird, indem diesen Urtheilen im Denken immer das Fürwahrhalten im Erkennen entspricht.

3. Gehen wir nun die natürlichen Beweismittel wieder in der Absicht durch, um zu erkennen, ob und in wiefern sie Vermuthungen begründen können; so ist von dem Gerüchte bloß zu wiederholen, daß es nur eine Vermuthung rechtfertigen kann, und zwar nur eine schwache, da es selbst das Bewußtsein der Ungewißheit im Urtheilen seiner Träger mit sich führt und in seinem Ursprunge unbekannt ist; die Offenkundigkeit

aber, da sie Gewißheit gibt, keine bloße Vermuthung veranlassen kann, was hingegen die Zeugenaussagen wohl können. Die Aussage eines Zeugen nämlich gibt keine Gewißheit über die Wahrheit der bezeugten Thatsache; doch begründet sie ein Fürwahrhalten nicht nur der Möglichkeit, sondern auch der Wahrscheinlichkeit, das nie mit dem Bewußtsein der Gewißheit verbunden sein kann, sich jedoch dem Entschiedenwerden immer mehr nähert, je zuverlässiger der Zeuge selbst ist. Geht diesem die Zuverlässigkeit ab, so kann gar kein, oder doch nur ein sehr schwaches Fürwahrhalten bewirkt werden. Und dieses wird nie ein entschiedenes, wenn auch mehre unzuverlässige Zeugen dasselbe aussagen. Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit dem außergerichtlichen Geständnisse. Das gerichtliche Geständniß hat Glaubwürdigkeit, weil es unter Voraussetzungen abgegeben wird, die zu dessen Annahme berechtigen und nöthigen, was bei jenem Geständnisse nicht eintreten kann; doch kann ihm deßhalb nicht alle Glaubwürdigkeit abgesprochen werden. Und so wird es ganz natürlich der Grund eines Fürwahrhaltens, oder einer Vermuthung mit größerer oder geringerer Ungewißheit. Eben so können Urkunden, die an sich unverdächtig sind, ohne aber die erforderlichen Merkmale einer überzeugenden zu besitzen, einen Glauben an die Wahrheit ihres Inhaltes erwecken, doch nicht überzeugen, wie auch nicht die beiläufige Erwähnung einer Thatsache in einer authentischen Urkunde. Alle diese äußeren Gründe rufen nur eine Vermuthung hervor, die aber an Stärke gewinnen kann, wenn jene durch die begleitenden Umstände unterstützt werden.

4. Der Vermuthungen, welche durch Schlußfolgerungen aus gegebenen Thatsachen gewonnen werden, gibt es viele. Von solchen machen die Gesetze oft Gebrauch, deren einige zur Erläuterung der Sache hier mögen angeführt werden. Die natürliche Beschaffenheit an Leib und Seele, womit die Menschen begabt zu sein pflegen, wird bei einem Jeden als vorhanden vorausgesetzt und aus der Thatsache, daß sie eine natürliche ist und die nämliche Ursache immer die nämliche Wirkung hat, vermuthet, daß, wer das Gegentheil behauptet, den Beweis führen muß [1]).

[1]) C. Dudum. 16. in f. X. h. t.: »... cum prima facie praesumatur idoneus, nisi aliud in contrarium ostendatur.« Gl. v. praesumatur idoneus: »... sic praesumitur quis bonae fidei, nisi probetur contrarium ... si ratione delicti vel irregularitatis, ille qui hoc objicit, illud probet.« Gl. c. Si forte. 11. de election. in 6. (1. 6.) v. scientiae: »... Sed nota, quod est quaedam intrinseca qualitas, cum qua homo nascitur, scilicet quod aliquis sit castus, pacificus, sobrius, et hanc quis praesumitur habere ... donec contrarium probetur.«

Eine solche natürliche Beschwerung des Menschen ist die Sorge für die Erhaltung seiner [illegible] und seines [illegible]. Wer daher einen An- [illegible] [illegible] [illegible], und [illegible] angreifen, und gegen ihn [illegible] der Vermuthung der Schuld, behaupten, daß er das [illegible] nicht [illegible] wenn er nur seinen Irrthum, oder die [illegible] von Seiten des [illegible] nachweist. In diesem aber ist die Vermuthung so mächtig, daß er seine [illegible] nicht erst nachzuweisen braucht[2]. Sie wird aus der [illegible] der [illegible] und der natürlichen Neigung des Menschen vermuthet. In gleicher Weise wird nicht vermuthet, daß Jemand ohne Weiteres eine geringere Sache gegen eine werthvollere eingetauscht hat. Und zur Entkräftung dieser Vermuthung wird ein Beweis erfordert[3]. Wenn ein Mann von hohem Ansehen behauptet, er sei in einer großen Stadt zu einer Zahlung, wozu er nicht verpflichtet gewesen, gezwungen worden, so hat er, da er leicht gerichtlichen Schutz anrufen konnte, eine so starke Vermuthung gegen sich, daß er augenfällige Beweise der Gewalt erbringen muß[4]. Zur Thatsache der Zahlung kommt die der erlittenen Gewalt, die nicht vermuthet wird, und die andere der leichten Hülfe. Eine sittliche Jugend begründet die Vermuthung der Sittenreinheit im Alter, so wie dieses selbst, auch die wissenschaftliche Beschäftigung[5], wie aus erlangten Würden auf Verdienst geschlossen wird[6], und aus der bisherigen Lebensweise auf eine gleiche für die Gegenwart und die Zukunft[7]. Wie ferner Salomon aus der Aeußerung der Liebe die wahre Mutter erkannte[8], so schützt die Reinheit der Liebe zu nahen Verwandten gegen Verdacht[9] der Unsittlichkeit. Wer

2) Fr. Cum de indebito. 25. pr. D. h. t.

3) C. Quia verisimile. 10. X. h. t.

4) Fr. Non est verisimile. 23. pr. D. quod metus causa (4. 2.): »... sed hujusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere.«

5) C. Mandata. 6. C. Cum in juventute. 15. X. h. t.

6) Gl. c. Cum in juventute. 15. X. h. t. v. honestum: »Ex quo enim adeptus est tantam dignitatem, praesumitur, quod ratione suae virtutis adeptus sit.«

7) C. Scribam. 9. X. h. t. Gl. v. ex prius datis et neglectis: »Quandoque ex praesenti praesumitur circa praesens ... quandoque ex praesenti circa praeteritum ... quandoque ex praesenti circa futurum ... quandoque ex praeterito circa praesens.« Fr. Non omnes. 5. §. 6. D. de re milit. (49. 16.)

8) C. Afferte. 2. X. h. t.

9) C. Inhibendum est. 1. X. de cohab. cler. (3. 2.) Gl. v. canones: ».. quia in talibus naturale foedus nihil saevi criminis suspicari permittit.« C. Si qui adulterii. 34. C. ad leg. Jul. de adulter. (9. 9.)

einer gerichtlichen Untersuchung ausweicht, macht sich verdächtig [10]), wie derjenige, welcher, wenn ein Verbrechen begangen ist, die Flucht ergreift [11]). Zwischen diesen Thatsachen des Ausweichens vor einer gerichtlichen Untersuchung und der Flucht einerseits und andererseits der daraus gefolgerten Schuld als deren Beweggrund besteht aber keine so enge und nothwendige Verbindung, daß das Fürwahrhalten ein dringendes werden kann. Ein gegenseitig zuvorkommendes, oder vertrauliches Verhalten kann zu Argwohn Anlaß geben, ohne einen Verdacht zu rechtfertigen; wenn aber verdächtige Umstände der Zeit und des Ortes mit einem Verhalten zusammentrifft, das eine verbrecherische Handlung als äußere Bedingung voraussetzt [12]), so wird der Verdacht ein dringender. Eben so wird die Vermuthung, daß Jemand die Taufe empfangen hat, durch das Zusammentreffen der Umstände, daß er von christlichen Eltern geboren ist und unter Christen gläubig gelebt hat, zu einer sehr dringenden [13]).

5. Die Thatsachen, aus welchen Vermuthungen geschöpft werden, pflegen ebenfalls Anzeichen, indicia, genannt zu werden, wie andere, aus denen, als aus Vordersätzen, zuverlässige Schlüsse gezogen werden, oder solche, die als Hinzeigen und als Merkmale dienen, um zur Kenntniß einer andern, die damit in natürlicher Verbindung steht, zu gelangen, ebenfalls Anzeichen, Indicien heißen. Die daraus abgeleiteten Vermuthungen werden argumenta, Beweise [1]), jedoch auch suspicio-

---

[10]) C. Nullus dubitat. 4. X. h. t. C. Decernimus. 10. C. 3. Q. 9.

[11]) Gl. Nov. 53. c. 4. v. factum: »Nota optimum argumentum contra servientes fugientes, ut eo ipso res amissas videantur subtraxisse.«

[12]) C. Litteris. 12. X. h. t.: ». . . solum cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto jacentem . . . viderunt multis secretis locis et latebris ad hoc commodis, et horis electis . . . ex hujusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari.«

[13]) C. Veniens. 3. in f. X. de presb. non bapt. (3. 43.): ». . . Et certe de illo, qui natus de christianis parentibus et inter christianos est fideliter conversatus, tam violenter praesumitur, quod fuerit baptizatus, ut haec praesumptio pro certitudine sit habenda, donec evidentissimis forsitan argumentis contrarium probaretur.«

[1]) Cic. pro A. Cluent. C. 10. §. 30: ». . . Et ad hanc mortem tam repentinam, vocemque morientis, omnia praeterea, quae solent esse indicia et vestigia veneni, in illius mortuae corpore fuerunt.« C. 41. §. 114: ». . . Quanquam satis magno argumento esse debet, quod ex tam multis iudicibus, absoluto Falcula, nemo reus factus est.« C. 45. §. 126: ». . . censores . . . Ne ipsi quidem, ut gravissime dicant, quidquam aliud dicent, quam sermonem atque famam. Nihil se testibus, nihil tabulis, nihil gravi aliquo argumento comperisse . . . dicent.«

nes genannt, wie auch die zuverlässigen, aus sicheren Vordersätzen gezogenen Schlußfolgerungen. Es heißen indessen auch so die zu Grunde gelegten Thatsachen, so, daß Argumente mit Indicien zusammen fallen, und daher auch die Vermuthungen selbst, wie ebenfalls andere Beweise, Indicien genannt werden. Daher darf denn in den Gesetzen, wenn sie der Indicien oder der Argumente Erwähnung thun, nicht an Anzeichen oder Vermuthungen gedacht werden, wenn nicht bestimmte Merkmale dazu berechtigen [2]).

6. Außer den Vermuthungen der besprochenen Art als Beweismittel führen die Gesetze andere auf, denen sie nicht bloß eine beweisende Kraft beilegen, sondern die sie als ausgemachte Rechtswahrheiten behandeln, bis ihr Gegentheil nachgewiesen ist. Dahin gehört die Annahme der ehelichen Geburt mit allen damit verbundenen Rechten innerhalb sieben bis zehn Monaten der rechtmäßigen Ehe [1]), und die Annahme, daß mündige Kinder, wenn sie mit den Eltern in einer gemeinschaftlichen Gefahr umkommen und der Eintritt des Todes ungewiß ist, die Eltern überleben, die unmündigen aber früher sterben [2]). Bei demjenigen ferner, der eines Andern Recht verletzt, wird die rechtswidrige Absicht, dolus, vermuthet [3]), und eben so auf Seiten eines Vormundes, der das vorge-

[2]) Nach c. Si de possessione. 20. C. de probat. (4. 19.) Tit. 13. §. 10. Not. 2. bedarf man, wenn die Urkunden entwendet worden sind, keines andern Beweismittels, »non est indiciis aliis opus.« als nur der Nachweise jener Entwendung. C. Cum citra. 15. C. jure dot. (5. 12.) In c. Ad probationem. 21. C. de probat. (4. 19.) stehen dem Urkundenbeweise »cetera probationum indicia« gegenüber, und in c. Sciant 25. C. eod. sind neben den »idoneis testibus.« und »apertissimis documentis,« die »indicia ad probationem indubitata et luce clariora.« als zur Begründung einer Accusation erforderlich aufgezählt. Ebenso in c. Indicia certa. 19. C. de rei vind. (3. 32.). Wenn sich, wie in c. Si qui adulterii. 34. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.), zwei des Ehebruches Beschuldigte durch die Entgegnung der Unglaublichkeit oder Unmöglichkeit des Deliktes wegen ihrer nahen Verwandtschaft der Verurtheilung entzogen, sich später aber ehelich verbinden; so heben sie selbst den Grund ihres Gegenbeweises auf und liefern eine Bestätigung des früheren Verdachtes: »manifesta fide atque indiciis evidentibus publicabunt.«

[1]) Fr. Intestato. 3. §§. 11. 12. D de suis et legit. (38. 16.). Fr. Septimo. 12. D. de statu homin. (1. 5.). Fr. Filium. 6. D. de his qui sui vel alien. jur. (1. 6.) Fr. Quia. 5. D. de in jus vocando. (2. 4.)

[2]) Fr. Qui duas. 9. §. 4. Fr. Cum pubere. 22. Fr. Si mulier. 23. D. de reb. dub. (34. 5.) Fr. Inter socerum. 26 pr. D. de pact. dotal. (23. 4.)

[3]) C. Sicut noxius. 1. X. h. t. C. Frater. 1. C. ad leg. Corn. de sicar. (9. 16.) C. Si non convicii. 5. C. de injur. (9. 35.) Gl. v. probare potes: »tibi enim incumbit hoc onus, quia praesumitur, te animo injuriandi hoc dixisse.«

schriebene Inventarium nicht anfertigte[4]). — Vermuthungen dieser Art sind von den vorigen ganz verschieden: sie sind keine Beweismittel, sondern Rechtsregeln und werden Rechtsvermuthungen, praes. juris, genannt, im Gegensatze zu welchen jene faktische, praes. facti, vel hominis, heißen. Von den Rechtsvermuthungen nun sind einige so wirksam, daß gegen sie nicht einmal der Beweis des Gegentheiles mehr zugelassen wird, oder möglich ist, sie also gesetzliche Wirksamkeit haben, daher gesetzliche Rechtsvermuthungen genannt werden können, und praes. juris et de jure genannt zu werden pflegen. Eine solche Vermuthung trat früher, vor dem Concil von Trient, für eine wirkliche Ehe gegen den Bräutigam ein auf den Grund der nach dem Verlöbnisse vollzogenen Beiwohnung[5]), oder für den Verzicht auf die dem Eheversprechen beigefügten Bedingungen[6]). Wer nach einem richterlichen Spruche die gesetzlichen Fristen und Förmlichkeiten zur Einlegung der Berufung nicht beobachtet, dessen Verzicht wird so sehr vermuthet, daß er kein weiteres Gehör mehr findet[7]).

7. Die faktischen Vermuthungen sind immer Schlüsse aus einer Ursache auf die Wirkung, oder umgekehrt aus dieser auf jene. Die Beweiskraft dieser Folgerung hängt also von der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Hauptsatzes, aus welchem der Schluß gezogen wird, und von der nothwendigen Verbindung der beiden Sätze mit einander in dem speziell gegebenen Falle ab. Sind beide Bedingungen gegeben, so entsteht immer Gewißheit und Entschiedenheit im Fürwahrhalten; fehlt es aber nur an einer oder ist nicht jede von ihnen gehörig gewiß, so kann entweder gar kein Fürwahrhalten, oder nur ein ungewisses bewirkt werden. Und das ist in der Regel der Fall, wo es sich von freien Handlungen eines Menschen handelt, so lange nicht zugleich erwiesen ist, daß die fragliche Wirkung keine andere Ursache, als die vermuthete, oder umgekehrt, die Ursache nur jene Wirkung gehabt haben kann. Bei Thätigkeiten nach physischen Gesetzen läßt sich in der Regel mit Gewißheit von der

---

[4]) Fr. Tutor. 7. pr. D. de administ. et peric. tutor. (26. 7.)

[5]) C. Is, qui fidem dedit. 30. X. de sponsal. (4. 1.): »... licet praesumptum primum matrimonium videatur, contra praesumptionem tamen hujusmodi non est probatio admittenda.«

[6]) C. Per tuas. 6. X. de cond. app. (4. 5.): »... pro matrimonio est praesumendum, quia videtur a conditione opposita recessisse.«

[7]) C. Quod ad consultationem. 5. X. de sent. et re jud. (2. 27.) C. Ab eo. 6 de appell. in 6. (2. 15.)

Wirkung auf die Ursache ein Schluß ziehen; doch nicht so in der moralischen Welt. Daß ein Wurf oder ein Schuß verletzt, oder daß beigebrachtes Gift tödtet, ist unbezweifelbar gewiß, und ist dann der Thäter ebenfalls gewiß, so ist es auch seine objektive Schuld, culpa. Aus der Beschaffenheit der Wunde kann oft mit Sicherheit auf das gebrauchte Werkzeug, wie aus den krankhaften Erscheinungen und den zerstörenden organischen Einwirkungen auf Vergiftung geschlossen werden; nicht so aber auf den Urheber der That. Besitzt Einer ein Werkzeug von der vermutheten Beschaffenheit, finden sich Blutspuren an ihm, lebte er mit dem Erschlagenen in Feindschaft und befand er sich zur Zeit der That in seiner Nähe, so wird der Verdacht gegen ihn immer dringender; allein es ist noch keine entschiedene Gewißheit, wie sie zur Annahme der Schuld erforderlich ist, gegeben, so lange nicht zugleich die nothwendige Verbindung zwischen der Wirkung und der vermutheten Ursache durch den Beweis, daß es keine andere Ursache geben, oder daß keine andere in dem speziellen Falle angenommen werden könne, nachgewiesen ist. Denn alsdann erst tritt die Vernunftnöthigung zum Fürwahrhalten ein, und die Schlußfolgerung ist und gewährt nicht bloße Vermuthung, sondern Gewißheit. Und hieraus ergibt sich denn auch die Wirkung, welche Vermuthungen, oder Verdacht, Indicien oder Argumente als Beweismittel haben: auch der dringendste Verdacht, praes. vehemens, liefert nie einen überzeugenden Beweis, der ein sicheres und namentlich in schweren Straffällen das Gewissen beruhigendes Fürwahrhalten der Schuld erzeugen könnte [1]).

---

[1]) Fr. Absentem. 5. pr. D. de poenis. (48. 19.): ». . . Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, divus Trajanus Assiduo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.« Nach c. Sciant. 25. C. de probat. (4. 19.) §. 5. Not. 2. müssen daher Anklagen entweder »idoneis testibus,« oder »apertissimis documentis,« oder »indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus« begründet werden: d. h. der künstliche Beweis muß zur Einsicht führen, daß nur der Beschuldigte das Verbrechen begangen hat, und darf die Annahme der Möglichkeit des Gegentheils nicht bestehen lassen; gegen schwere Verbrechen ferner soll der Richter erst dann ein Urtheil sprechen, wenn der Beschuldigte »aut sua confessione, aut certe omnium, qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirante concordanteque rei finem, convictus sit, et sic in objecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat;« also wenn gar kein Gegengrund mehr geltend gemacht werden kann. C. Qui sententiam. 16. C. de poenis (4. 47.) Gl. c. Sciant. 25. cit. C. de probat. v. vel indiciis: »per se sufficientibus, vel cum aliis, cum multa sint. Diligentius enim debet fieri examinatio, ubi de hominis salute tractatur . . . non autem ex praesumptione.« C. Litteras. 14. X. h. t.: ». . . cum

8. Wird in den Gesetzesstellen aus Beweisgründen dieser Art ohne eine solche Nöthigung und auf den Grund bloßer Vermuthung erkannt, so liegt davon die Ursache in der streitigen Sache selbst, und nicht in der Kraft des erbrachten Beweises. Das eine Mal handelte es sich um die Auflösung der Verbindung, in welcher eine Freie wissentlich mit einem Unfreien über zehn Jahre gelebt hatte und vor welcher Beide sich in einer öffentlichen Urkunde über die voreheliche Beschenkung der Frau Eheleute nannten. Die Freie trug auf Trennung an und bestritt die Aechtheit dieser Urkunde, die nur simulirt sei, um den Herrn um den Unfreien zu bringen. Allein den Zeugen gegenüber hatte die öffentliche Urkunde die Vermuthung für sich und zugleich kam es vorzüglich darauf an, ob sich Beide diese Zeit hindurch wie Eheleute behandelt hatten. Und so mußte für das Bestehen der Ehe entschieden werden [1]). Ein anderes Mal war wegen Schwägerschaft gegen eine Ehe Einspruch erhoben. Eine nahe Verwandte der Braut führte Zeugen vor, welche den früheren vertrauten Umgang jenes Bräutigams mit der Klägerin und den eigenen und ihrer Nachbarschaft Glauben, daß sie seine Concubine sei, bezeugten; zugleich gestanden Beide eidlich ihre Versündigung. Es war also mehr, als Verdacht, vorhanden, und da das Verhältniß beinahe als ein offenkundiges anzusehen war, so mußte gegen jene Ehe entschieden werden [2]). Ein dritter Fall betraf die Trennung von Tisch und Bett wegen dringenden Verdachtes des Ehebruches. Es war nicht allein ein öfteres Zusammentreffen der Frau mit einem Verwandten des Mannes an verdächtigen Orten und zu verdächtigen Stunden, sondern auch ein Zusammenliegen in einem Bette durch Zeugen erwiesen, also ein dringender Verdacht begründet [3]). Dazu kam, außer dem öffentlichen Gerüchte von dem Ehebruche auch das Geständniß beider Schuldigen und gewährte von der Schuld Gewißheit, die aber in dieser Frage nicht einmal erforderlich war, da der bloße Verdacht hinreichte [4]). Aus keiner dieser Ent-

propter solam suspicionem, quamvis vehementem, nolumus illum de tam gravi crimine condemnari.«

[1]) C. Illud quoque. 11. X. h. t.

[2]) C. Tertio loco. 13. X. h. t.: » . . . praesertim cum hoc non dicatur occultum, sed quasi praedicetur a pluribus manifestum, consultius esse credimus, ut . . . separentur.«

[3]) C. Litteris. 12. X. h. t. §. 4. Not. 12.

[4]) C. Quamvis. 30. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9. a. 326.): » . . . Cui (marito) quidem et ex suspicione ream conjugem facere licet.« C. Dixit Dominus. 2. C. 32. Q. 1: » . . . Ubicunque est igitur fornicatio vel fornica-

scheidungen läßt sich aber die Beweiskraft einer Vermuthung erkennen. Aus der ersten nicht, weil für die beantragte Trennnng nicht einmal eine Vermuthung vorlag; aus der zweiten nicht, weil mehr als eine Vermuthung geliefert war, und aus der dritten nicht, weil bei Ehebruch gesetzlich der Verdacht zur Trennung hinreicht.

9. In der letzten Entscheidung wird der Verdacht von seiner inneren Beschaffenheit als eines sicheren, auf den man sich verlassen kann, ein zuverlässiger, susp. certa, und von seinem nöthigenden Einflusse auf das Fürwahrhalten ein gewaltsamer, susp. violenta, genannt. Dringend ist allerdings dieser Verdacht. Das häufige Zusammenkommen war schon verdächtig und an sich unsittlich, und noch mehr war dieses das Zusammenliegen in dem nämlichen Bette. Schon durch diese Handlungen war also die Unsittlichkeit der Beiden kund gegeben. Da nun der Mensch überhaupt unter solchen Umständen nicht allein in Versuchung geräth, sondern ihr auch leicht unterliegt: so tritt das um so eher bei den unrein Gesinnten ein. Allein aus dem Allen folgt noch nicht die Vollziehung der verbrecherischen That. Dringender muß offenbar auf das Verbrechen geschlossen werden, wenn die Frau, ungeachtet der langen Abwesenheit, oder der völligen Enthaltsamkeit des Mannes, entweder gebiert, oder schwanger erfunden wird [1]). Hier wird aus der Wirkung mit Gewißheit auf die Ursache geschlossen, und es ist nicht eine bloße Vermuthung, sondern ein sicherer Beweis geliefert: und doch wird diese Folgerung auch da noch Verdacht, suspicio, und zwar ebenfalls eine zuverlässige, certa [2]), eine gewaltsame, violenta, genannt [3]). So dringend

---

tionis suspicio, libere uxor dimittitur.« Ein noch gewisserer Verdacht, certa suspicio, ist in den Fällen fr. Filium. 6. D. de his, qui sui vel alieni jur. (1. 6.). oder in c. Si peccaverit. 9. pr. C. 2. Q. 1. gegeben.

[1]) Fr. Filium. 6. D. de his, qui sui v. al. jur. (1. 6.): ». . . Sed fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium . . . Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constat maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit: hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.«

[2]) C. Si peccaverit. 9. pr. C. 2. Q. 1. (S. August): »Restabat itaque certa adulterii suspicio.«

[3]) Gl. c. Dixit Dominus. 2. C. 32. Q. 1. v. suspicio: ». . . Quid enim si tumeat venter incognitae a viro suo, nonne certa ejus fornicationis suspicio? 2. qu. 1. Si peccaverit. Vel si vir aliquot annis permanserit in expeditione, et rediens inveniat puerum anniculum. ff. de his qui sunt sui vel alieni jur. filium? . . . Hic ergo de violenta suspicione loquitur.«

war offenbar nicht die Vermuthung bei der Entscheidung Salomons aus dem Mitleide für das Kind auf Mutterliebe, da eine gutherzige Frau, auch ohne Mutter zu sein, bewegt werden konnte, das Leben eines Kindes zu retten: und doch wird sie, auch nicht mit Unrecht, eine gewaltsame genannt [4]). Alle diese Urtheile sind in so fern Vermuthungen, als sie künstliche Beweise sind und durch Schlußfolgerungen gewonnen werden; sie sind aber an sich wesentlich verschieden, indem die einen mit entschiedener Gewißheit im Fürwahrhalten, die andern aber nicht mit dem Bewußtsein der Unmöglichkeit des Gegentheils, daher noch mit Ungewißheit begleitet sind. Sie werden also mit Unrecht mit dem nämlichen Namen belegt, was nur zur Verwirrung der Begriffe beitragen kann. Daher rührt auch der unrichtige Unterschied zwischen einer violenten und einer dringenden, praes. vehemens. Vermuthung [5]). Alle andere geben größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, praes. probabilis, oder sind unbegründet und verwegen gewagt, und nicht geeignet, ein Fürwahrhalten zu rechtfertigen, praes. temeraria, levis [6]).

Siebenzehnter Titel.

Beweisführung im Allgemeinen. Anticipirter Beweis.

1. In der Auswahl und im Gebrauche seiner Beweismittel ist Jeder in so fern unbeschränkt, als es ihm freisteht, nicht nur für den einen Satz das eine und für den andern ein anderes [1]), sondern auch für

---

[4]) Gl. c. Afferte. 2. X. h. t. v. date huic: »Haec nempe fuit sententia definitiva lata per solam praesumptionem . . . Haec locum habent, cum violenta est praesumptio.«

[5]) Gl. c. Litteras. 14. X. h. t. v. vehementem: » . . . Item vehemens praesumptio pro probatione accipitur . . . . Respondeo, quod non vehemens, sed violenta tantum.«

[6]) Gl. c. Dixit Dominus. 2. C. 32. Q. 1. v. suspicio: » . . . Sed distingue triplicem suspicionem, probabilem, temerariam et violentam.« C. Inquisitioni. 44. X. de sent. excom. (5. 39.): » . . . Credimus distinguendum, uter alter conjugum pro certo sciat impedimentum conjugii . . . an non sciat pro certo sed credat... In secundo casu distinguimus, utrum habeat conscientiam hujusmodi ex credulitate levi et temeraria, an probabili et discreta.«

[1]) Fr. De rebus amotis. 4. D. de act. rer. amot. (25. 2.): »De rebus amotis permittendum marito vel uxori, de quibusdam rebus juramentum deferre, de quibusdam probare.«

den nämlichen deren verschiedene in Anwendung zu bringen [2]), wofern nicht der Gegenstand eine bestimmte Gattung erfordert, oder eine ausschließt. So wird die Freiheit nicht durch bloße Zeugen bewiesen [3]), und wie eine Schuldurkunde ohne Angabe des Grundes der Schuld diese nicht beweist, so kann der Beweis gegen ein schriftliches Schuldbekenntniß in der gesetzlichen Form auch nur durch eine Urkunde geführt werden [4]). Die Beweishäufung indessen kann der Richter auf das Nothwendige beschränken. Die Gründe, welche die Beschränkung der Zahl der Zeugen rechtfertigen [5]), gelten auch von der Beweishäufung.

2. Die Beweisführung kann im ordentlichen Prozesse, in Strafsachen sowohl, als in Civilsachen, namentlich die durch Zeugen, in der Regel erst nach der Litis-Contestation begonnen werden [1]). Der Gang, den sie gesetzlich zu nehmen hat, ist zwar im ordentlichen Accusations- und im Civil-Prozesse überhaupt der nämliche, doch hat er in letzterem Einzelnheiten, die es vorziehen lassen, ihn in der Lehre über das Civilverfahren anzugeben, zumal er auch eigentlich zum Verfahren gehört. Hier indessen kann die Zulässigkeit der Beweisführung vor der Litiscontestation in den Ausnahmefällen füglich besprochen werden.

3. Die Unzulässigkeit der Beweisführung vor der Litiscontestation ist in der Eigenheit dieser gerichtlichen Handlung begründet, daß sie, wie hier nur angedeutet werden kann, formell den Anfang des eigentlichen Prozesses und materiell in ihrem Inhalte dessen Grundlage ist, daher der Hauptheil des Prozeßverfahrens, das Beweisverfahren, ihr nicht vorausgeschickt werden kann, und daß sich diese Unzulässigkeit insbesondere auf den Zeugenbeweis bezieht, hat in der Besorgniß, es möchte zum Nachtheile der Wahrheit auf die Zeugen ein Einfluß ausgeübt werden, seinen Grund.

[2]) C. In praesentia. 6. X. de renunt. (1. 9.): ». . . Licet igitur judex non semper ad unam speciem probationis applicet mentem suam, sed ex confessionibus, depositionibus, allegationibus, et aliis, quae in ejus praesentia proponuntur, formet animi sui motum.« C. Inter dilectos. 6. C. Cum Joannes. 10. X. de fid. instr. (2. 22.)

[3]) C. Si tibi. 2. C. de test. (4. 20.)

[4]) Fr. Cum de indebito. 25. §. 4. in f. D. de prob. (22. 3.) C. Si alterius. 8. C. si minor se maj. (2. 43.)

[5]) Tit. 12. §. 11.

[1]) C. Ad haec. 1. X. ut lite non contest. (2. 6.): ». . . quia, lite non contestata, testes fuerunt recepti, . . . non est ad definitivam sententiam procedendum.« C. Accedens. 4. X. eod: ». . . si vobis constiterit, quod ante litem legitime contestatam . . . testes . . . recepti fuissent, vos attestationes hujusmodi decernatis irritas et inanes.«

Es läßt sich daher die Möglichkeit von Ausnahmen in allen Fällen erwarten, in denen diese Besorgniß nicht gerechtfertigt ist oder vielmehr das Gegentheil in Aussicht steht. Hierauf beziehen sich zwei Stellen des römischen Rechtes, die eine von Paulus, die andere von Ulpian.

Die Stelle von Paulus [1]) betrifft den Ersatz einer verlorenen Urkunde über eine bedingte Schuldforderung, die also erst mit dem Eintritte dieser Bedingung geltend gemacht werden kann, doch noch nicht jetzt schon; erweislich wäre sie zwar schon sofort durch Zeugen, allein diese könnten zur Zeit des Eintrittes der Bedingung gestorben sein. Er antwortet: »si, summatim re exposita, ad suspicionem judicem adducam, debebo vincere; sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti conditio extiterit; quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.« Dieses Auskunftsmittel ist eigentlich die Zulassung einer noch nicht erwachten und wirksam gewordenen Klage, actio nata. Der erwähnte Judex ist der Magistrat selbst, der Prätor, nicht der delegirte, welchem weder die selbstständige summarische Erledigung einer Vorfrage überhaupt, noch auch insbesondere die Bewilligung einer Klage zustand. Auf diesem Wege wurde mehr, als die Benutzung der eben disponibeln, später vielleicht abhanden gekommenen Beweismittel, es wurde auch ein Richterspruch erzielt, also im Interesse des Berechtigten ein anticipirtes Urtheil, nicht lediglich ein anticipirter Beweis, probatio anticipata, oder Beweis zum immerwährenden Andenken, prob. in perpetuam rei memoriam, wie diese Beweisführung genannt zu werden pflegt, bewilligt. Die Stelle Ulpians behandelt einen ähnlichen Fall. Wird gegen einen Minderjährigen, der Anspruch auf eine Erbschaft hat, die Kindschaft, und damit das Erbschaftsrecht streitig gemacht, so kann er in den Besitz der Erbschaft gesetzt, die Frage der Kindschaft aber soll bis zu seiner Großjährigkeit ausgesetzt werden [2]). Bis dahin aber können ihm die Zeugen oder andere Beweismittel unbrauchbar geworden sein. Davon sagt Ulpian [3]): »Finge, esse testes quosdam, qui dilata controversia, aut mutabunt consilium, aut decedent, aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt; vel finge unam

[1]) Paul. Fr. In lege Aquilia. 40. D. ad leg. Aquil. (9. 2.): »... si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo conditio existit, et si, summatim ...«

[2]) Fr. Si cui. 1. pr. D. de Carboniano edict. (37. 10.)

[3]) Fr. Carbonianum. 3. §. 5. D. eod.

obstetricem, vel ancillam, quae veritatem pro partu possunt insinuare, vel instrumenta satis idonea ad victoriam, vel quaedam alia argumenta, ut magis damnum patiatur pupillus, quod differtur cognitio, quam compendium, quod non repraesentatur. Finge, pupillum non satisdare posse, et admissos in possessionem, qui haereditatis controversiam faciunt, multa posse subtrahere, novare, moliri. Aut stulti, aut iniqui Praetoris erit; rem in tempus pubertatis differre cum summo ejus incommodo, cui consultum velit.« Unter solchen Umständen kann nicht bloß der Beweis für die Kindschaft, sondern auch die ganze Untersuchung darüber anticipirt werden. Beide Stellen setzen nicht eine schon erhobene Klage voraus, für welche der Kläger sich seinen Beweis schon vor der Litiscontestation sichern will, sondern bezielen die Erledigung einer erst später zulässigen Klage und mit ihr die Sicherung des Beweises. Die nämlichen Gründe der Billigkeit und des schuldigen Rechtschutzes sprechen auch für die Beweisantretung bei einer beabsichtigten Klage sofort vor der Litiscontestation. Für beide Fälle gingen obige Lehren in das kanonische Recht über, jedoch meistens mit der Beschränkung auf die Untersuchung über den Beweis zu dessen Sicherung. So könnte man die Beweisaufnahme bei einer eben anhängig zu machenden Klage vor der Litiscontestation als Beweisanticipation und die Beweisführung für künftige Klagen als Beweis zum immerwährenden Andenken unterscheiden.

4. In einem allgemeinen Erlasse brachte Innocenz III. obige Lehre auf einen begonnenen oder beabsichtigten Prozeß in Anwendung und verordnete [1]), daß der Zeugenbeweis, wenn für den Kläger der Verlust desselben zu befürchten stände, in Civilsachen vor der Litiscontestation auf-

[1]) C. Quoniam. 5. pr. X. ut lit. non cont. (2. 6.): »Quoniam frequenter in dubium revocatur a multis, an lite non contestata, testes recipi valeant, auctoritate praesentium duximus declarandum, regulariter verum esse, quod, lite non contestata, non est ad receptionem testium procedendum, nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna. In quibus casibus, cum civiliter est agendum, ne veritas occultetur et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur, senes et valetudinarii et alii testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timeatur, etiam lite non contestata, sunt procul dubio admittendi, sive pars conventa sit contumax, sive sit absens absque malitia, ut conveniri non possit. Sed si actor non convenerit adversarium intra annum, ex quo conveniri potuit, vel saltem receptionem hujusmodi testium non denuntiaverit illi, attestationes sic receptae non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem, ut processu temporis exceptiones legitimae ad repellendum testes, vel aliae locum habere non possint.«

genommen werden könnte, und zwar auch dann noch, wenn der Verklagte aus Ungehorsam, contumacia, oder ohne böse Absicht abwesend wäre. Als die Besorgniß des Beweisverlustes rechtfertigend sind Alter, Kränklichkeit oder lange Abwesenheit der Zeugen und außerdem jeder vernünftige Grund angegeben. Dabei leitete die ausgesprochene Absicht, dem Kläger den Beweis für sein Recht zu sichern, damit jedoch der Verklagte dadurch nicht um den ihm zu Gebote stehenden Gegenbeweis gebracht würde, ist die Geltung der Beweisaufnahme auf ein Jahr von da ab beschränkt, wo er hätte gerichtlich belangt werden können, oder wenn ihm die Beweisaufnahme nicht zur Kenntniß gebracht worden ist.

Der Erlaß enthält zwei Theile, einen allgemeinen über die Beweisaufnahme überhaupt und einen besondern mit spezieller Beziehung auf Abwesende. Der nächste Zweck desselben ist, die Bedenken gegen die Zulässigkeit der Aufnahme des Zeugenbeweises vor der Litis-Contestation im Civil-Prozesse zur Sicherung des Beweises des einen Theiles in der angegebenen Gefahr des Verlustes zu beseitigen. Zu dem Ende ist die Aufnahme als statthaft erklärt, und zwar unabhängig von einem bereits erhobenen oder noch erst zu erhebenden Prozesse [2]). In Beziehung auf diesen Punkt geschieht von einem eingeleiteten Prozesse keine Meldung. Eben so wenig zwar auch von einer bei der Beweisaufnahme einzuhaltenden Form, und namentlich von einer Vorladung des andern Theiles zu denselben; allein die Erwähnung einer solchen war auch nicht nöthig, da an der regelmäßigen Form der Beweisaufnahme überhaupt nichts geändert werden sollte und ihre Befolgung selbstverständlich war. Ist sie so vor sich gegangen, so unterliegt sie auch nicht der Beschränkung ihrer Geltung auf ein Jahr. Denn die Bestimmung hierüber trifft nur die Fälle der Abwesenheit des andern Theiles. So ist das Zeugenverhör als eine außerordentliche, für sich bestehende Gerichtshandlung hingestellt. Daß es sich nicht auf Zeugen, deren Zeugniß nicht als in Gefahr betrachtet wird, ausdehnen kann [3]), ist schon in der bedingenden Voraussetzung enthalten. Die Fälle der Abwesenheit der Gegenpartei erforderten darum eine besondere Berücksichtigung, weil in ihnen das Contumacial-Verfahren nothwendig werden, und damit denn eine neue Weiterung der Verhandlungen eintreten konnte.

---

[2]) Gl. ibid. v. conventa: »Idem est, si nondum sit conventa, sed convenienda.«

[3]) Gl. ibid. v. timetur: »Tunc illi soli recipiuntur, de quibus timetur, et non alii.«

Diese Handlung ist eine Beweisancipation. In einem speziellen Falle veranlaßte Innocenz III. 1206, eine gerichtliche Untersuchung mit einem definitiven Spruche unter Hinweisung auf das römische Recht. Das Damenstift zu Gandersheim wünschte von ihm die Erneuerung seiner Privilegien, unter denen sich auch eine Exemtion von dem Diöcesan-Bischofe zu Hildesheim befand. Seitens des Bischofes wurde daher gegen die Erneuerung zur Wahrung seines Rechtes Einspruch erhoben. Zur Untersuchung delegirte Innocenz[4]) den Dekan von Paderborn in der Erwägung: »quod sit jure civili (provida deliberatione) statutum, ut, quando periculum testium formidatur, ne veritas occultetur, et probandi copia fortuitis casibus subtrahatur, etiam lite non contestata, testes valetudinarii, et alii, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur, ad testimonium admittantur, ejusdem aequitatis similitudine provocati, praedicta privilegia, quasi jam nimia vetustate consumpta, cum fuerint non in pergameno, sed in papyro conscripta, duximus innovanda, nolentes quod ex innovatione hujusmodi novum jus monasterio acquiratur .... Nolentes igitur, quod de statu ejusdem monasterii diutius dubitetur ... mandamus, quatenus ... recipias testes, quos ad praescriptionem probandam ... duxerit producendos, et si ... subjectionem ipsius monasterii adjudices episcopo memorato ... alioquin ... monasterium pronunties perpetua libertate gaudere.«

5. Der die Anticipation des Zeugenbeweises rechtfertigende Grund spricht auch für die Anticipation der Beweisführung durch jedes andere Beweismittel, dessen Verlust befürchtet werden kann, wie beispielsweise Untersuchung durch Sachverständige, Urkunden, weßhalb die Zulässigkeit nicht mit Grund bezweifelt werden kann. Ulpian spricht wirklich auch nicht bloß von Zeugen, sondern außer ihnen zugleich im Gegensatze zu ihnen von »instrumenta satis idonea ad victoriam« und von »quaedam alia argumenta,« schließt mithin auch den künstlichen Beweis nicht aus. Von Innocenz III. besitzen wir zwei hier einschlägige Erlasse. Da die Fundatoren einer Pfarrkirche im Sabinischen sich über dieselbe keine Rechte vorbehalten zu wollen erklärt hatten, der hierüber aber mögliche Zeugenbeweis bald verloren gehen konnte, so beauftragte Innocenz III. den Sabinischen Richter, über das nach Vorladung der Stifter oder ihrer Erben aufgenommene Zeugenverhör eine öffentliche Urkunde aufzunehmen[1]). Diese vertrat also die unterlassene Stiftungsurkunde. In

[4]) C. Cum dilecta. 4. X. de confirm. util. (2. 30.)
[1]) C. Significavit. 41. X. de test. (2. 20.) 1209.

dem Falle des Gandersheimer Stiftes würde die alte Privilegien-Urkunde erneuert worden sein, wenn das Ergebniß der Untersuchung zu Gunsten des Stiftes ausgefallen wäre. In dem zweiten erwähnten Erlasse [2]) ließ Innocenz III. eine öffentliche Urkunde über eine frühere Entscheidung, weil das Urtheil nicht schriftlich abgefaßt worden war, nach dem Verhöre der Zeugen, die dabei gegenwartig gewesen waren, aufnehmen.

6. Die Beweisanticipation ist ausdrücklich als beim Civil-Verfahren anwendbar erklärt. Daraus kann indessen noch nicht mit der Glosse [1]) gefolgert werden: »Hoc ideo dicit, quia in criminalibus nunquam recipiuntur testes lite non contestata.« Von dem feierlichen Accusations-Verfahren kann das als Regel behauptet werden. Das bringt theils das Verfahren und theils der Gegenstand selbst mit sich. Von dem summarischen Strafverfahren indessen und von dem inquisitorischen kann es nicht gelten, schon weil es dabei auf eine Litiscontestation nicht ankommt.

Achtzehnter Titel.

Urtheil, dessen Publication und Execution *).

1. Nach geschlossenem Beweisverfahren ist die erste und wichtigste Aufgabe des Richters, die ihm vorgetragenen Thatsachen und den ihm erbrachten Beweis zu prüfen und nach der daraus gewonnenen Ueberzeugung das Urtheil zu sprechen [1]). Die eigene Ueberzeugung darf nur das Ergebniß der gerichtlichen Verhandlungen, nicht etwa der außerge-

---

[2]) C. Albericus. 48. X. eod.

[1]) Gl. c. Quoniam. 5. X. ut lit. non cont. (2. 6.) (§. 4. Not. 1.) v. civiliter.

*) De sententia et re judicata. X. (2. 27.) — in 6. (2. 14.) — Clement. (2. 11.) — De re judicata. D. (42. 1.) — C. (7. 52.)

[1]) C. Hac lege. 2. C. de sent. ex peric. recitan. (7. 44.): ». . . judices, quos cognoscendi et pronunciandi necessitas tenet, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante forment, et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferant, scriptasque ex libello partibus legant.« C. Judex. 5. C. commination. (7. 57.): »Judex, qui disceptationi locum dederat, partium allegationes audire et examinare debuit.« C. Super quaestionum. 27. pr. X. de off. jud. del. (1. 29.)

richtlich erworbenen Kenntniß sein, weil er sonst Partei oder Zeuge und Richter zugleich wäre und mit Umkehrung der Rechtsordnung sich als Privater an die Stelle der höchsten Auktorität setzen würde[2]). Bei diesem Geschäfte hat er nicht lediglich die von dem einen Theile für sich, sondern auch die gegen sich und für den andern Theil erbrachten Beweismomente zu berücksichtigen und zur Geltung zu bringen[3]). Denn was Jemand zu seinem Vortheile anerkannte und gelten ließ, kann er nicht verwerfen, so weit es gegen ihn spricht. Das nennt man Gemeinschaft der erbrachten Beweismittel.

2. Das Urtheil, um das es sich hier handelt, auch Endurtheil, Erkenntniß, Richterspruch, sententia, sent. definitiva, sent. lata, genannt, soll der amtliche Ausspruch sein zur Entscheidung der verhandelten Sache und zur Festsetzung des Rechtes, das darin gelten soll[1]). Es muß also als ein amtliches ausgesprochen und denen, für die es das Recht bestimmt, als ein solches amtlich bekannt gemacht sein.

---

[2]) Tit. 4. §§. 3. 4. C. Judicet. 4. §. 1. C. 3. Q. 7. S. Ambros: »Bonus judex nihil ex arbitrio suo facit et domesticae proposito voluntatis, sed juxta leges et jura pronuntiat, statutis juris obtemperat . . . nihil paratum et meditatum domo defert, sed sicut audit, ita judicat, et sicut se habet negotii natura, decernit, . . . examinat causae merita, non mutat.« Gl. ibid. v. audit: »Argumentum, quod secundum allegata est procedendum . . . et sic judicare potest secundum conscientiam, quam habet ut judex, non ut homo . . . Sed secundum H. delegabit causam, si conscientia non concordat allegatis; sed secundum alios potest determinare secundum allegata, quia aliud facit aliquis in eo, quod judex est, aliud in eo, quod homo est.« Gl. c. Summopere. 70. C. 11. Q. 3. v. et tunc secundum.

[3]) Nov. 49. c. 2. §. 1: ». . . si . . . quispiam voluerit secundum eas, quae ab adversario prolatae sunt, literas fieri examinationem, non accusetur hoc tanquam non recte factum. Cum enim ipse credidit, et quod protulit is contra quem et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset.« Bei Prüfung der Aechtheit der von den Parteien vorgelegten Dokumente kann die Schrift des Dokumentes des Einen mit der des Dokumentes des Andern verglichen werden; die Urkunde des Einen dient also zum Beweise für die des Andern. C. In praesentia. 6. X. de renunc. (1. 9.): ». . . judex . . . ex confessionibus, depositionibus, allegationibus et aliis, quae in ejus praesentia proponuntur, formet animi sui motum . . . Quia tamen praeter ista constitit de ipsius renuntiatione spontanea per quasdam episcoporum litteras et confessionem ipsius«

[1]) C. A procedente. 4. in f. C. de dilat. (3. 11.): »ut . . . suscepta quaestio per sententiam judicis dirimatur.« Fr. Res judicata. 1. D. de re jud. (42. 1.): »Res judicata dicitur, quae finem contraversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit.«

Beim mündlichen Verfahren vor einem einzelnen Richter mit einem Schriftführer würde zwar in leichten Sachen und bei einfacher Beweisführung der Ausspruch der Entscheidung nach den angeführten und gewürdigten Beweisen mit der Bekanntmachung zusammen fallen können; allein immerhin wäre ein gerichtsamtlicher Ausspruch der gewonnenen richterlichen Ueberzeugung und dessen gerichtsamtliche Bekanntmachung zur rechtlichen Verpflichtung der Parteien und zur gesetzlichen Bestimmung ihres Rechtes vor sich gegangen. Es sind also außer der Gewinnung des eigenen Urtheils des Richters noch zwei verschiedene Thätigkeiten desselben erforderlich: die Feststellung und der Ausspruch des Urtheiles und dessen Bekanntmachung an die Parteien, publicatio.

3. Wie die Gewinnung des Urtheiles, so setzen auch diese beiden Handlungen den nämlichen Richter oder das nämliche Gericht voraus, vor welchem die Sache anhängig geworden und bis dahin verhandelt worden ist [1]), so daß der Gedanke an ihre Vornahme durch einen Andern ganz ausgeschlossen ist. Der Fall, wo ein delegirter Richter die Untersuchung im Auftrage bis zum Schlusse geführt, und der Delegant das vorbehaltene Urtheil erließe, wäre keine Ausnahme.

4. Diese drei Handlungen setzen ferner, wie alle gerichtliche, nicht allein eine Thätigkeit als von Amts wegen, sondern auch in dem Gerichtslokale [1]) und, wenn Mehre daran thätig betheiligt sind, eine Versammlung derselben und ein gemeinschaftliches Thätigsein voraus, so, daß ein vereinzeltes und privates Handeln weder dem Buchstaben, noch auch dem Geiste des Gesetzes entspricht und nicht als gültig angesehen werden kann. Die öffentliche und namentlich die gemeinschaftliche Berathung und Rechtsfindung mit dem wachen Bewußtsein von der Amts- und Eidespflicht, ein Urtheil nach Wahrheit und Gerechtigkeit zu sprechen, ist an sich und in ihrem Ergebnisse eine andere, als die private Prüfung und Meinungsäußerung des abgesonderten Einzelnen für sich.

5. Sind die Mehren, an der Urtheilsfindung Betheiligten, delegirte Richter, so können sie, vermöge ihres Auftrages, keine gültige Entscheidung

---

[1]) §. 1. Not. 1. §. 2. Not. 1.

[1]) C. A procedente. 4. C. de dilat. (3. 11.) »... et cognitio causae non interpellatione plenaria, sed considente judice legitime colligatur, ut . . . quaestio per sententiam judicis dirimatur.« C. Cum sententiam. 6. C. de sent. et interl. (7. 45.): »Cum sententiam Praesidis irritam esse dicis, quod non publice, sed in secreto loco, officio ejus non praesente, sententiam suam dixit, nullum tibi ex his, quae ab eo decreta sunt, praejudicium generandum esse constat.«

erlassen, wenn auch nur Einer abwesend ist [1]). Bilden die Mehren ein Collegium, so wird dasselbe durch die Mehrheit mit gleicher Stimmberechtigung vertreten.[2]), weßhalb die Mehrzahl zusammen treten muß, wo nicht spezielle Verordnungen ein Anderes bestimmen.

Das Urtheil richtet sich nach der absoluten Mehrheit der Abstimmenden [3]). Bei Stimmengleichheit von delegirten Richtern bleibt das Urtheil unentschieden und von der Bestätigung des Deleganten abhängig [4]), bei Stimmengleichheit der ordentlichen Richter gilt die Entscheidung für die Beschuldigten, oder für die begünstigte Sache, wenn eine solche in Frage steht [5]). Wenn es sich um die Bestimmung einer Summe handelt, so ist für die geringste entschieden, weil darin alle übereinstimmen [6]).

6. Der Spruch selbst muß objectiv gerecht, sent. justa, und gültig sein, sent. valida. Gerecht ist er dem Rechtsuchenden gegenüber, wenn er ihm das Recht zuspricht, wie es nach den voraufgegangenen Verhandlungen und dem Gesetze gemäß demselben zusteht [7]). In dieser Beziehung kann er in vielfacher Weise ungerecht werden, sei es durch

---

[1]) Tit. 1. §. 23. — Fr. Sicut tribus. 18. D. de recept. (4. 8.). Fr. Duo ex tribus. 39. D. de re jud. (42. 1.). C. Cum caussa. 22. X. de off. jud. del. (1. 29.). Fr. Tunc autem. 36. D. de re jud.

[2]) Fr. Quod major pars. 19 D. ad municip. (50. 1.). Fr. Aliud. 160 §. 1. de R. J. (50. 17.)

[3]) C. Ecclesia vestra. 48. X. de elect. (1. 6.). Thib. Syst. des PR. §. 1125.

[4]) Fr. Duo judices. 28. D. de re jud. (42. 1.): »Duo judices dati diversas sententias dederunt. Modestinus respondit, utramque sententiam in pendenti esse, donec competens judex unam earum confirmaverit.« C. Duobus judicibus. 26. in f. X. de sent. et re jud. (2. 27.): » . . . Si vero ex delegata potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis.«

[5]) C. Duobus judicibus. 26. X. eod: »Duobus judicibus, ut accepimus, diversas sententias proferentibus, si ex jurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore sententia, nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento, pro ipso fuerit promulgata.«

[6]) Fr. Inter pares. 38. §. 1. D. de re jud. (42. 1.): »Si diversis summis condemnant judices, minimam spectandam esse, Julianus scribit.« C. Si ex tribus. 1. de arbitris in 6. (1. 22.): » . . . cum unus in XV. alius in X. tertius vero in V. pronuntiant, illius, qui dixit de summa minori, cum in illa omnes concordes existant, sententia efficax censeatur.«

[7]) C. Judicet. 4. §. 1. C. 3. Q. 7. §. 1. Not. 2. Pr. J. de off. jud. (4. 17.): » . . . Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus traditum est.«

mangelhafte Würdigung oder gar durch Verkehrung der Thatsachen, sei es durch ungehörige Unterordnung unter das Gesetz, oder durch Anwendung eines überhaupt, oder doch auf das gegebene Verhältniß nicht anwendbaren Gesetzes. Der ungerechte Spruch verstößt gegen das Recht des Rechtsuchenden, contra jus litigatoris. Gültig heißt der Spruch, in so fern er als ein solcher, nämlich als eine im Namen der höchsten Auktorität aufgestellte Rechtsbestimmung den gesetzlichen Anforderungen gemäß ist. Ungültig nun kann er durch einen Verstoß gegen das Gesetz in zwei Weisen sein, durch einen Verstoß in seinem Inhalte und durch Nichtbeachtung einer gesetzlichen Vorschrift.

Ungültig durch einen Verstoß in seinem Inhalte wäre der Spruch, wenn er einen ausdrücklichen, dem Gesetze widersprechenden Ausspruch enthielte. Ein solcher wäre der Satz, daß ein Unmündiger ein gültiges Testament errichten [2]), oder ein Suspendirter gültig wählen könnte. Das wäre ein Spruch zunächst über und gegen das Gesetz, contra jus constitutionis, und mittelbar gegen das Recht des Streitenden [3]), der in erster Beziehung ungültig, in der anderen ungerecht wäre. Läge der Entscheidung zwar der dem Gesetze widerstreitende Gedanke zu Grunde, ohne jedoch ausgedrückt zu sein, so würde sie keinen Ausspruch über das Gesetz, sondern nur über das Recht des Streitenden enthalten und in so fern nicht eine ungültige, sondern bloß eine ungerechte sein [4]).

---

[2]) C. Si cum inter. 2. C. quando prov. non est nec. (7. 64.): »Si cum inter te te aviam defuncti quaestio de successione esset, judex . . . pronunciavit, potuisse defunctum etiam minorem 16. annis testamentum facere, ac per hoc aviam potiorem esse, sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam, nullas habere vires palam est.« Im Auszuge bei Grat. prs. 8. §. 5. zu c. Ei, qui. 41 C. 2. Q. 6.

[3]) Fr. Illud meminerimus. 1. §. 2. D. quae sent. sine app. rescind. (49. 8.): »Item si contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de litigatoris pronunciatur. Nam si judex volenti se ex cura muneris, vel tutelae, beneficio liberorum, vel aetatis, vel privilegii excusare, dixerit, neque filios, ueque aetatem, aut ullum privilegium ad muneris, vel tutelae excusationem prodesse, de jure constituto pronunciasse intelligitur. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit, eum de aetate sua, aut de numero liberorum probasse, de jure litigatoris pronunciasse intelligitur, quo casu appellatio necessaria est.«

[4]) Pr. Si expressim. 19. D. de appell. (49. 1.): »Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet, et ideo sine appellatione causa denuo induci potest.« C. Cum inter vos. 13. X. h. t.: ». . . attendentes tamen, quod, quantum ad litigantes ipsos jus ex sententia factum fuit, postquam

Der gesetzlichen Bestimmungen, von deren Beachtung das Gesetz die Gültigkeit eines Urtheils abhängig erklärt hat, gibt es viele. Eine Ungültigkeit oder Nichtigkeit kann sich vorfinden, theils wegen eines Mangels Seitens des Richters, theils auf Seiten der Parteien und theils wegen nicht beachteter gesetzlicher Form im Verfahren. Deren sind bereits mehre vorgekommen, andere müssen noch angegeben werden. Diese allgemeine Andeutung dürfte hier genügen.

7. In seinem entscheidenden Inhalte muß das Erkenntniß immer ein verurtheilendes oder ein freisprechendes sein [1]), wenn vollständiger Beweis geführt oder nichts bewiesen ist. Ist halber Beweis geführt, so kann der Eid deferirt oder ein Reinigungseid auferlegt werden [2]); ist so viel erbracht, daß nicht für, doch auch nicht gegen den Verklagten erkannt werden kann [3]), oder ist eine Klage ungehörig angebracht, daß über das gesuchte Recht nicht entschieden werden kann [4]), so ergeht Freisprechung von der Instanz, absolutio ab instantia, mit dem Vorbehalte des Rechtes eines erneuerten Angriffes.

In dem entscheidenden Theile nun muß das Erkenntniß bestimmt angeben, was in der Sache als Recht gelten solle. Denn sonst ist es nicht bloß zwecklos, sondern kann auch keinerlei Rechtswirkung haben und nicht ausgeführt werden [5]). Sind daher Mehre betheiligt, so muß genau ausgesprochen werden, was dem Einen sowohl, als was dem Andern zuerkannt, oder was ihm aberkannt ist [6]), oder Jeder erhält ratirlichen Antheil [7]). Wegen Erstattung oder unbestimmter Leistungen muß das

---

in rem transiit judicatam, etiam si contra jus litigatoris lata fuisset, cum contra jus constitutionis expressa lata non fuit.« C. Sententia. 1. X. eod. Fr. Praeses. 27. Fr. Cum prolatis. 32. D. h. t.

[1]) Fr. Res judicata. 1. D. h. t. §. 2. Not. 2. C. Praeses. 3. C. de sent. et interl. (7. 45.)

[2]) Tit. 14. §§. 8. 9.

[3]) C. Properandum. 13. §. 2. in med. C. de judiciis. (3. 1.)

[4]) C. Examinata. 15. in f. X. de jud. (2. 1.). Gl. ibid. in cas.

[5]) C. Praeses. 3. C. de sent. et interl. (7. 45.): ». . . definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi.« C. Exstipulatione. 7. C. eod: ». . . nec vox omnis judicis judicati continet auctoritatem, cum potestatem sententiae certis finibus concludi, saepe constitutum sit.«

[6]) Fr. In hoc judicio. 27. D. famil. creisc. (10. 2.). §. Si familiae. 4 §. Si finium. 6. J. de off. jud. (4. 17.)

[7]) Fr. Si mandatu. 56. §. 3. D. mand. (17. 1.). Fr. Si qui separatim 10. §. 3. D. de appell. (49. 1.). C. Si non singuli. 1. C. Quoties. 2. C. si plur. una sent. (7. 55.)

Urtheil die Sache oder ihren Werth in bestimmter Summe bezeichnen [8]), wofern nicht anderswoher ein Bestimmtes feststeht [9]). Da es für Zinsen [10]) und für Prozeßkosten [11]) keine besondere Klage gibt, so müssen sie, wenn deren zu zahlen sind, berechnet werden [12]), oder ihre Berechnung wird vorbehalten.

Wäre die Entscheidung von einem künftigen Ereignisse abhängig gemacht und damit eine bedingte, so wäre der Spruch ebenfalls noch ein unbestimmter. Ein solcher sollte zwar nicht erlassen werden; doch wäre er, wofern er im Uebrigen ein bestimmter wäre, nicht ungültig und wirkungslos, sondern würde mit dem Eintritte der Bedingung seine ganze Wirksamkeit erlangen. Diesen Eintritt müßten denn die Betheiligten abwarten, und eben dieses Abwarten könnte ihnen in so fern nachtheilig sein, als ungewiß bliebe, von welchem Zeitpunkte ab die Berufungsfrist zu berechnen wäre [13]). Der Spruch, daß ein deferirter oder ein auferlegter Eid geleistet werde, ist ebenfalls ein bedingter, und er ist nur dann gültig, wenn er zugleich die Bestimmung darüber enthält, was nach der Leistung oder Ablehnung des Eides Recht sein solle, da er ohne sie ja nicht über das streitige Recht entschiede [14]). Bedingt wäre auch die gerichtliche Pfändung der Immobilien, im Falle die Mobilien nicht ausreichten [15]), doch an sich hinreichend bestimmt, daher wirksam. — Die Entscheidung unter der Voraussetzung einer gegen-

[8]) §. Curare. 32. J. de act. (4. 6.). C. Haec sententia. 4. C. de sent. quae sine cert. quant. (7. 46.)

[9]) Fr. Ait Praetor. 5. §. 1. Fr. A divo Pio. 15. §. 2. Fr. In sententia. 59. §. 1. D. h. t. C. Quanquam. 2. C. de sent. quae sin. cert. (7. 46.)

[10]) C. In bonae fidei. 13. C. de usur. (4. 32.). C. Si deposita. 4. C. depos. (4. 34.)

[11]) C. Eos, qui. 26. pr. C. de usur. (4. 32.). C. Terminato. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.)

[12]) Fr. Qui per collusionem. 49. §. 1. D. de act. emt. vend. (19. 1.). Fr. Quaero. 54. pr. D. locat. (19. 2.). Fr. In sententiis. 59. §. 2. D. h. t. C. Hac sententia. 3. C. de sent. quae sine cert. (7. 46.)

[13]) Fr. Si quidem. 1. §. 5. D. quando appell. sit. (49. 4.): ». . . Quid ergo, si sententia fuerit sub conditione dicta? Utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum, an vero ex die, quo conditio sententiae extitit? Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda; sed si fuerit dicta, quid fiet? Et est utile, statim tempora ad appellandum computari debere.«

[14]) C. Cum judex. 11. C. de sent. et interl. (7. 45.): »Cum judex . . . non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, hujusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est.«

[15]) Fr. A divo Pio. 15. §. 2. D. h. t.

wärtigen, oder einer früheren Thatsache, cond. de praesenti, cond. de praeterito, wäre eigentlich eine Entscheidung ohne erwiesenen Grund. Im Strafverfahren kann eine solche selbstredend nicht Statt finden; auch in Civilsachen nicht, obgleich sie hierin nicht immer ohne Wirkung wäre [16]).

8. Die Angabe der Gründe ist nur für die Verhängung der Censuren vorgeschrieben. Die Unterlassung hat außer den Strafen für den Richter die Folge, daß das Urtheil von dem höheren Richter ohne Schwierigkeit aufgehoben werden soll [1]), also an sich doch noch so lange wirksam bleibt. Bei allen andern Urtheilen ist die Angabe der Gründe nicht unerläßlich [2]), man hält sie sogar in so fern für bedenklich, als sie Anlaß zu neuen Prozessen geben könnte [3]), sieht sie aber in fünf Fällen als nothwendig an. Würde nämlich der Verklagte wegen ungehörig angebrachter Klage von der Instanz ohne Angabe der Entscheidungsgründe freigesprochen [4]), so könnte der Kläger in Gefahr kommen, durch die Einrede des ergangenen Richterspruches um sein Klagerecht zu kommen. Dieser Gefahr könnte indessen durch den im Urtheile ausgesprochenen Vorbehalt seines Rechtes vorgebeugt werden. In der nämlichen Lage fände sich der mit seiner Eigenthumsklage abgewiesene Kläger, wenn der

---

[16]) Fr. Qui testamento. 37. D. de excusat. (27. 2.)

[1]) C. Cum medicinalis. 1. de sent. excom. in 6. (5. 11.): ». . . et causam excommunicationis expresse conscribat . . . Superior vero, ad quem recurritur, sententiam ipsam sine difficultate relaxans, latorem excommunicato ad expensas et omne interesse condemnet et alias puniat animadversione condigna . . . . Et haec eadem in suspensionis et interdicti sententiis volumus observari. Gl. v. difficultate: »sc. cautionis exigendae vel remissionis faciendae.« Wie die Angabe des Grundes geschieht, zeigt das röm. Pontif. Ordo excommunicandi.

[2]) Gl. ibid. v. causam: ». . . in definitivis non est necesse exprimere causam.« C. Sicut nobis. 16. X. h. t.: ». . . Cum autem in plerisque locis, in quibus copia prudentum habetur, id moris existat, quod omnia, quae judicem movent, non exprimantur in sententiis proferendis, vobis taliter respondemus, quod, cum ex depositionibus testium praedictorum constiterit, sententiam a judice suo prolatam, propter auctoritatem judiciariam praesumi debet, omnia legitime processisse.«

[3]) Duran. lib. 2. par. 3. de sentent. §. 5. n. 13. Forma: ». . . Certius autem faciet judex, si eas non inserat . . . ne forte quandoque ex incuria errorem in sententia exprimat, et ne viam calumniis aperiat . . . et ne una lis sit alterius exordium.« Engel. h. t. n. 26. theilt diese Ansicht, jedoch mit der Ausnahme: »exceptis causis criminalibus, in quibus requiritur causae expressio.«

[4]) C. Examinata. 15. X. de jud. (2. 1.). Hier ist aber dem Kläger sein Klagerecht ausdrücklich vorbehalten: »si congruam et aptam intentare volueris actionem, respondere tibi nihilominus teneatur.«

Verklagte ohne seine Schuld nicht mehr im Besitze der Sache wäre, doch sie später wieder erhielte [5]). Wird ferner eine Sache, nicht durch die Schuld der Parteien, sondern ihrer Vertheidiger, nicht fortgesetzt; so kann der Richter diese zur Strafe ziehen und den Verklagten von der Instanz freisprechen, muß dann aber diesen Umstand im Urtheile ausdrücklich angeben [6]). Aendert der höhere Richter ein Urtheil auf eingelegte Berufung ab, so müssen, weil dasselbe die Vermuthung für sich hat, und zugleich aus Rücksicht auf den Unterrichter, die Gründe angegeben werden [7]). Endlich muß die Abweichung von der Regel, daß der Unterliegende die Kosten zu tragen hat [8]), gerechtfertigt werden [9]).

9. Das Urtheil muß endlich den erkennenden Richter [1]), da von dessen Jurisdiktion die Gültigkeit der Entscheidung abhängt, und die Parteien, über deren Recht entschieden wird [2]), bezeichnen. Daß, wo ein Prokurator bestellt ist, das Urtheil nach römischem Rechte auf diesen lauten muß [3]), ist im kanonischen Rechte nicht nothwendig [4]). Selbstredend darf sich dasselbe in seinem entscheidenden Theile nicht bloß über keinen andern Gegenstand, als woüber der Streit anhängig wurde, sondern auch über keinen andern Antrag, als welcher von Anfang an gestellt und worüber verhandelt worden ist, auslassen [5]).

10. Das gewonnene Urtheil muß schriftlich abgefaßt werden [1]). Eine nicht schriftlich abgefaßte Entscheidung ist wirkungslos und verdient

---

5) Fr. Si rem meam. 17. D. de exc. rei jud. (44. 2.). C. Adversario tuo. 13. X. de except. (2. 25.)

6) C. Properandum. 13. §. 9. C. de jud. (3. 1.)

7) Gl. zu c. Sicut nobis. 16. X. h. t. v. exprimantur: »... In causa vero appellationis bene debet apponi causa, quare revocatur prima sententia, ut per hoc prioribus judicibus non imputetur.« Beispiele liefern c. Cum Joannes. 10. X. de fide instr. (2. 22.). C. Cum olim. 14. X. de privil. (5. 33.). C. Cum Bertholdus. 18. X. h. t.

8) C. Calumniam. 14. X. de poenis. (5. 37.) Nov. 82. c. 10.

9) Duran. l. c. Pirrh. h. t. § XI.

1) C. Cum ab uno. 4. h. t. in 6.

2) C. Licet. 9. in f. X. de probat. (2. 19.). Gl. v. commune. Fr. Cum non justo. 3. D. de coll. (40. 16.)

3) C. Non videtur. 1. C. de sent. et interl. (7. 45.)

4) C. Suscitata. 6. X. de in int. rest. (1. 41.). Gl. ibid. v. monasterium. Gl. c. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.) v. commune.

5) C. Cum quidam. 17. C. de fidecomm. libert. (7. 4.). Clem. Saepe. 2. de V. S. Fr. Ut fundus. 18. D. comm. divid. (10. 3.)

1) C. Hac lege. 2. C. de seni. ex peric. recit. (7. 44.) §. 1. Not. 1.

nicht einmal den Namen eines Richterspruches [2]), so daß es gegen sie keiner Berufung bedarf. Diese Förmlichkeit bezielt unverkennbar die Sicherung einer wohlerwogenen Rechtsprechung und der Nachweise des gesprochenen Rechtes [3]). Ausgenommen sind die Fälle, in denen es sich um geringfügige Sachen handelt [4]). Andere Ausnahmen sind nicht begründet [5]).

11. Eine der schriftlichen Abfassung gleich erforderliche gerichtliche Handlung ist die Publikation des Urtheils [1]). Sie geschieht im Gerichtslokal [2]) an einem Gerichtstage, die non feriata, bei Tage [3]), wie alle Gerichtshandlungen, nicht zur Nachtzeit, durch den Richter selbst [4]), oder in seinem Auftrage durch ein anderes Mitglied des Gerichtes [5]), sitzend [6]), nur bei summarischem Verfahren stehend, in Gegenwart der Parteien, die dazu wenigstens vorgeladen sein müssen, durch Verlesung des schriftlichen Spruches [7]). Die praktische Bedeutung

---

[2]) C. Statutis. 3. C. de sent. ex p. r. (7. 44.) in c. Statutis. 8. C. 2. Q. 1: »... Huic adjicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur, nec ad rescissionem perperam decretorum appellationis solemnitas requiratur.« C. Arbitri. 1. C. eod. C. Etsi sententia. 5. h. t. in 6. Clem. Saepe. 2. de V. S.

[3]) Gl. Clem. Saepe. cit. v. Scriptis: »... ne per id contingeret occultari veritatem propalatam et in judicio diffinitam, et per consequens victorem ridiculose et frustra in tali processus judicio laborasse.«

[4]) Auth. Nisi breves. C. Statutis. 3. C. de sent. ex p. rec. (7. 44.). Gl. c. Etsi sententia. 5. h. t. in 6. Nov. 17. c. 3.

[5]) Zu den Ausnahmen werden noch gezählt, Pirrh. h. t. §. XXII: 1. die Interlocutorien, die nicht hierhin gehören, da nur von einer Definitiv-Sentenz die Rede ist; 2. der Spruch auf Grund der Notorietät, welche Ausnahme keinen gesetzlichen Grund hat; 3. daß der Papst auch ohne die vorgeschriebene Form einen Spruch erlassen kann. Gl. c. Etsi sententia 5. h. t. in 6. v. illustrium, beruht auf dessen höchsten Autorität und gehört hier nicht zu der Ausnahme.

[1]) C. Hac lege 2. C. de sent. ex peric. recit. (7. 44.) § 1. Not. 1.

[2]) §. 4. Not. 1.

[3]) Fr. Necessarium. 2. §. 31. D. de orig. jur. (2. 1.). C. Consuluit. 24. X. de [illegible] deleg. (1. 29.). Gl. ibid. v. Tenebras.

[4]) C. Arbitri. 1. C. de sent. ex per. rec. (7. 44.): »Arbitri nulla sententia est, ... si non ipse recitavit.«

[5]) C. Cum ab uno. 4. h. t. in 6: »Cum ab uno arbitrorum vel judicum, [illegible] scripta sententia recitatur, habetur perinde, ac si [illegible] recitata.«

[6]) C. Etsi sententia. 5. in f. h. t. in 6: »... Sententia, ... quam ab [illegible] nullius penitus est momenti.«

[7]) Clem. Saepe. 2. de V. S. (5. 11.): »... Sententiam vero definitivam,

dieser Bestimmungen muß durch die Veranschaulichung ihrer Gegensätze gewürdigt werden. — Diese Form der Publikation hat die Praxis dahin modificirt, daß das Urtheil vor Gericht publicirt, dann die Publikation durch einen Andern im Auftrage des Gerichtes nach der schriftlichen Ausfertigung geschieht.

12. Sein verkündigtes gültiges Endurtheil kann der Richter, nicht bloß der delegirte [1]), sondern auch der ordentliche, nicht mehr abändern, was ihm bei den Interlokuten noch zusteht [2]). Ein änderndes Erkenntniß ist ungültig [3]). Ergänzungen, die nur Folgerungen aus dem Spruche sind, kann er an dem nämlichen Tage noch zusetzen [4]), Verbesserungen in der Abfassung aber, die den Sinn nicht ändern [5]), zu jeder Zeit noch, und eben so von Rechnungsfehlern [6]).

13. Den Charakter der Unabänderlichkeit muß das Urtheil als Ausspruch der höchsten Auktorität behalten, bis diese durch einen höheren Richter eine Aenderung verfügt hat [1]), und es wird in nicht appellabeln Sachen sofort, in andern nach Ablauf der Berufungsfrist vollstreckbar.

---

citatis ad id, licet non peremptorie, partibus, in scriptis, et, prout magis sibi placuerit, stans vel sedens, proferre.« Gl. ibid. v. stans: »in hoc diversum est jus in his causis ad alias, quae requirunt figuram judiciorum, quae fieri debent a judice sedente.«

[1]) Fr. Judex. 55. Fr. Cum quaerebatur. 62. D. h. t. C. In litteris. 9. X. de off. deleg. (1. 29.)

[2]) Fr. Quod jussit. 14. D. h. t.: »Quod jussit vetuitve. Praetor, contrario imperio tollere licet: de sententia contra.« C. Quod bene. 6. C. 6. Q. 4. C. Cum cessante. 5. X. de appell. (2. 28.). C. Si a judice. 10. eod. in 6. (2. 15.)

[3]) C. Neque suam. 1. C. sentent. rescind. non poss. (7. 50): »Neque suam, neque decessoris sui sententiam posse retractare, in dubium non venit, nec necesse esse ab hujusmodi decreto interponere provocationem, explorati juris est.« C. Post sententiam. 9. C. de sent. et interl. (7. 47.)

[4]) Fr. Paulus respondit. 42. D. h. t.: »Paulus respondit, rescindere quidem sententiam suam praecedentem Praetorem non posse; reliqua autem, quae ad consequentiam quidem jam statutorum pertinent, priori autem sententiae desunt, circa condemnandum reum, vel absolvendum debere supplere, scilicet eodem die.«

[5]) Fr. Actorum. 46. D. eod: »Actorum verba emendare, tenore sententiae perseverante, non est prohibitum.«

[6]) Fr. Illud meminerim. 1. §. 1. D. quae sent. sine appell. (49. 8.): ». . . quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et intra provocationem corrigitur.«

[1]) C. Cum inter vos. 13. C. Sicut nobis. in f. X. h. t. Es hat die Vermuthung für sich.

Alsdann ist die Sache so entschieden, und steht das Recht so fest, daß es auch durch die höchste Auktorität weder mittelbar durch eine Klage [2]), noch auch unmittelbar abgeändert werden kann [3]). — Da nun ein Vergleich nur über streitige oder zweifelhafte Sachen rechtlich denkbar ist [4]), so kann ein solcher über eine richterlich entschiedene Sache nicht mehr Statt finden, wenn nicht appellirt wird [5]). Das Urtheil bildet für die Parteien Wahrheit [6]), so, daß nicht weiter über dessen Inhalt, sondern bloß darnach gefragt wird, ob es ergangen ist [7]). Darin besteht die Rechtskraft des richterlichen Spruches, auctoritas rei judicatae, auct. sententiae latae [8]). Sie wird durch die Berufung in ihrer Wirksamkeit nur gehemmt, suspendirt [9]), nicht aufgehoben.

14. Die Unzulässigkeit einer neuen Klage wird durch die entgegenstehende Einrede der gerichtlichen Entscheidung bewirkt [1]). Diese kann aber nur dann geltend gemacht werden, wenn sich die Klage auf die nämliche Sache [2]), bezieht, unter den nämlichen Par-

---

[2]) Fr. Si quis. 7. §. 4. D. de exc. rei jud. (44. 2.): ». . . exceptio rei judicatae obstat.« Die Ehe macht eine Ausnahme, in so fern es sich von deren Auflösung handelt.

[3]) C. Qui licitam. 3 C. ut lite pend. (1. 21.): »Qui licitam provocationem omiserit, perpetuo silere debet, nec a nobis impudens patere per supplicationem auxilium.« C. Supplicare. 2. C. eod. C. Impetrata. 3. C. sent. resc. non posse. (7. 60). C. Quod ad consultationem. 15. X. h. t. C. Romana ecclesia. 3. §. 3. de appell. in 6. (2. 15.)

[4]) Fr. Qui transigit. 1. D. de transact. (2. 15.)

[5]) Fr. Et post rem. 7. pr. D. eod: »Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris.« Fr. Eleganter. 23. §. 1. D. de condict. indeb. (12. 6.). C. Si causa cognita. 32. C. de transact. (2. 4.)

[6]) Fr. Res judicata. 207. D. de R. J. (50. 17.): »Res judicata pro veritate accipitur.« Fr. Ingenuum. 25. D. de stat. hom. (1. 5.). C. Cum inter vos. 13. in f. X. h. t.

[7]) Fr. Ait Praetor. 1. §. 4. D. de liber. exhib. (43. 30.)

[8]) Fr. Servo. 65. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1.). C. Haec sententia. 8. C. de sent. quae sine cert. quant. (7. 46.). C. Si arbiter. 2. C. de sent. et inter. (7. 45.). C. Cum inter. 13. C. Quod ad constitutionem. 15. X. h. t.

[9]) C. Impetrata. 3. C. sent. resc. n. p. (7. 50.): ». . . si decisae semel causae fuerint judiciali sententia, quam provocatio nulla suspendit.« C. Cum inter vos. 13. X. h. t.: ». . . Cujus sententia, cum nulla fuerit appellatione suspensa, in rem transiit judicatam.«

[1]) §. 13. Not. 2.

[2]) Fr. De eadem re. 5. Fr. Si quis. 7. §. 4. Fr. Cum quaeritur. 12. Fr. Et an eadem. 14. pr. Fr. Cum de hoc. 27. D. de except. rei jud. (44. 2.). Fr. Sed et si ante. 17. D. de except. (44. 1.)

teien [3]), und aus den nämlichen Rechtsgründen [4]) erhoben wird, und wenn die Umstände das Rechtsverhältniß nicht geändert haben [5]). Fehlt einer dieser Theile, so handelt es sich um eine andere Sache [6]).

15. Diese Rechtskraft haben aber, wie bemerkt, nur gültige und zu Recht bestehende, sententiae validae, wenn auch ungerechte Urtheile. Da ungültige Urtheile keine rechtliche Geltung haben [1]), so können sie auch nicht unabänderlich sein, sondern derselbe Richter kann den vernichtenden Mangel heben, oder er kann durch Nachholen des Fehlenden, durch Zustimmung der Betheiligten und durch Genehmigung die Mängel decken, oder ein ganz neues Urtheil erlassen, wenn entweder der Grund der Nichtigkeit offen vorliegt oder ihm nachgewiesen wird. Daher ist denn gegen sie in so fern eine Berufung nicht nothwendig [2]). Solche Urtheile können jedoch durch die Anerkennung des Betheiligten nur dann gültig werden, wenn der Grund der Ungültigkeit gesetzlich im Interesse desselben aufgestellt ist, sie also relativ ungültige sind [3]), sonst aber nicht. Ungerechte Urtheile werden allerdings durch Anerkennung gültig [4]), wie durch Unterlassung der Berufung [5]).

16. Das rechtskräftig gewordene Urtheil ist zugleich exekutorisch, das heißt, seine Ausführung kann, wo es nöthig ist, durch Gewalt be-

---

[3]) Fr. Julianus. 3. Fr. Si a te. 9. §. 1. Fr. Si quis. 7. §. 4. Fr. Et an eadem. 14. D. de exc. rei jud.

[4]) Fr. Et an eadem. 14. pr. Fr. Cum de hoc. 27. Fr. De eadem re. 5. Fr. Si quis. 7. §. 1. Fr. Si mater. 11. §§. 2. 4. 5. D. eod.

[5]) Fr. Si rem meam. 17. Fr. Si quis ad. 18. D. eod.

[6]) Fr. Et an eadem. 14. pr. D. eod: ». . . quae nisi omnia concurrunt, alia res est.« C. Quibus res judicata non nocet. (7. 56.). C. Inter alios acta. (7. 60.)

[1]) Fr. Perlusorio. 14. §. 1. D. de appell. (49. 1.): ». . . non habet rei judicatae auctoritatem.« C. Prolatam. 4. C. de sent. et interl. (7. 45.): »Prolatam a Praeside sententiam contra solitum judiciarium ordinem auctoritatem rei judicatae non obtinere, certum est.«

[2]) C. Latam sententiam. 1. C. quando provoc. non est nec. (7. 64.): ». . . Cujus rei probationem si promptam habetis, etiam citra provocationis adminiculum, quod ita pronunciatum est, sententiae auctoritatem non obtinebit.«

[3]) C. Ab eo. 3. C. quom. et quand. jud. sent. prof. (7. 43.): »Ab eo judicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si, ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus assensus.« C. Haec sententia. 4. C. de sent. quae sine cert. quant. (7. 46.)

[4]) C. Ad solutionem. 5. C. h. t.

[5]) C. Qui licitam. 3. C. ut lit. pend. (1. 21.)

wirkt werden; dieser Gewaltgebrauch kann aber nicht von demjenigen, zu dessen Gunsten und Rechtsschutz der Spruch erging, sondern nur von der gesetzlichen Auktorität ausgehen [1]). Denn der Zweck des richterlichen Erkenntnisses ist nicht lediglich Feststellung des Rechtes, sondern auch dessen Schutz und Sicherung, wodurch jeder Privatgewaltgebrauch ausgeschlossen ist [2]) und als Selbsthülfe strafbar bleibt. Die Ausführung des Spruches ist also nothwendig eine richterliche Handlung, und zwar der ordentlichen Gerichtsbehörde, die ihn erließ, nicht des delegirten Richters [3]). Nur päpstliche Delegirte besitzen noch ein Jahr nach erlassenem Spruche die Exekutionsgewalt [4]).

17. Die Gewaltanwendung setzt voraus, daß durch sie etwas zu bewirken sei; dieses kann aber nur die Ausführung einer Strafe, oder das Erzwingen einer Handlung des Verurtheilten sein. Strafen nun, die nicht in einem Uebel bestehen, dessen Eintreffen noch einer speziellen äußern Handlung bedarf, treten selbstredend auch sofort mit der Rechtskraft des Urtheils ein. Strafen dieser Art sind der Verlust der Freiheit oder der Civität [1]), die Ehrlosigkeit, die rechtliche Unfähigkeit [2]) und die Censuren [3]). Andere Strafen läßt der Richter durch Gerichtsdiener, executores, vollstrecken [4]). Die aktuelle Degradation führt der Bischof immer nur selbst aus [5]). Sind Handlungen zu erzwingen, so wird entweder eine Geldsumme festgesetzt und auferlegt [6]), oder sie werden durch Andere auf Kosten des Verpflichteten verrichtet [7]), oder es werden andere

---

[1]) Fr. A divo Pio. 15. pr. D. h. t. Tit. 1. §. 13. Not. 7.

[2]) Fr. Miles. 6. §. 2. D. eod.

[3]) Not. 1. Tit. 1. §. 13. Not. 8.

[4]) T. 1. §. 13. Not. 10.

[1]) Fr. Qui ultimo. 29. D. de poen. (48. 19.): »Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt.« Fr. Quod ad statum. 12. D. eod: ». . . sola sententia . . . spectatur, itaque hi, in quos animadverti jubetur, quive ad bestias dantur, confestim poenae servi fiunt.« Fr. Si incertus. 1. §. 3. D. de legat. (32. III.)

[2]) C. Excommunicatus. 13. §. 5. X. de haeret. (5. 7.)

[3]) C. Pastoralis. 53. X. de appell. (2. 28.): ». . . cum exsequutionem excommunicatio secum trahat.«

[4]) §. Tripli. 24. J. de action. (4. 6.). Fr. Ab executore. 4. pr. D. de appell. (49. 1.)

[5]) Pont. rom. par. III. Conc. Trid. sess. 13. C. 4. de ref.

[6]) Fr. Si quis. 13. §. 1. in f. D. h. t.

[7]) C. Nos quidem. 3. X. de testam. (3. 26.)

zum Ziele führenden Mittel angewandt. — Zur Herausgabe einer Sache wird sofort durch den Exekutor oder durch Militärgewalt geschritten [8]), oder auf Ersatz erkannt [9]). Zur Abtretung einer unbeweglichen Sache wird die Ausweisung des Besitzers und die Einweisung des Siegers in den Besitz verfügt und nöthigen Falles mit Gewaltanwendung durchgeführt. — Zur Ausführung eines rechtskräftigen Urtheils kann der geistliche Richter Censuren verhängen [10]), oder den weltlichen Richter anrufen [11]).

18. Die Exekution kann nur gegen den Verpflichteten und eigentlichen Verurtheilten, nicht gegen dessen Vertreter [1]), nicht gegen oder für den Tutor [2]) oder den Curator [3]) angeordnet werden.

Gegen dieselbe kann es keine Berufung mehr geben [4]), sondern nur gegen die Art ihrer Ausführung [5]), oder insofern sie die richterliche Weisung überschreitet. Und darüber steht dem einfachen Exekutor, executor merus, so wenig, als über das richterliche Urtheil [6]), eine Entscheidung zu, wofern ihm nicht mit dem Auftrage der Vollstreckung zugleich auch eine Jurisdiktion ertheilt worden ist, execut. mixta.

19. Unerläßliche Voraussetzung der Exekution ist ein rechtskräftiges, mithin auch ein gültiges Urtheil; ihre Anordnung kann daher keine rechtliche Wirkung haben, und sie muß ausgesetzt werden, wenn ein Nichtigkeitsgrund geltend gemacht wird. Sind jedoch in derselben Sache über

---

8) Fr. Qui restituere. 68. D. de rei vind. (6. 1.)

9) C. Si longis. 7. C. de exc. rei jud. (7. 53.)

10) C. Quaerenti. 26. X. de off. deleg. (1. 29.)

11) C. Episcopale judicium. 8. C. de episc. audient. (1. 4.). Gl. ibid. v. tribuatur. C. Perniciosum. 1. X. de off. ord. (1. 31.)

1) Fr. Si se non obtulit. 4. §. 2. D. h. t.

2) Fr. Si tutor. 2. pr. D. de admin. tutor. (26. 7.)

3) Fr. Si se non obtulit. 4. §. 1. D. h. t. C. Juliana. 1. C. quand. ex fact. tut. (5. 29.)

4) Fr. Ab executore. 4. D. de appell. (49. 1.)

5) Grat. par. 8. §. 16. C. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. aus c. Ab executore. 5. C. quor. appell. non recip. (1. 65.). C. Novit ille. 43. X. de appell. (2. 28.). C. Quod ad consultationem. 15. in f. X. h. t.

6) C. Si ut proponis. 6. C. de execut. rei jud. (7. 53.). C. Pastoralis. 28. §. 3. X. de off. deleg. (1. 29.): »... Attendentes itaque, quod non cognitio, sed exsequutio tantum demandatur eidem.« C. De caetero. 5. X. h. t.

den nämlichen Punkt drei Urtheile gegen den Verurtheilten ergangen; so wird sie ausgeführt, und erst nach ihrer Ausführung wird über die Nullität erkannt [1]).

Neunzehnter Titel.

Prozeßkosten. Chicane. Contumacia*).

1. Die Prozeßkosten, die Chicane und die Contumacia stehen zu dem Rechtsstreite in einer solchen Beziehung, daß sie hier füglich neben einander besprochen werden können.

Die Sicherung des Rechtes und das nothwendige Vertrauen zu den Gerichten empfehlen auf der einen Seite eine unentgeltliche Rechtspflege als Regel, auf der andern Seite läßt sich aber eine in allen Fällen ganz freie im Allgemeinen nicht rechtfertigen, vielmehr Nachtheile von sich besorgen. Wenn auch der Richter eine so freie Stellung haben soll, daß er seine Handlungen rein von Amtswegen und ohne irgend Vortheile davon zu erwarten, vornimmt; so ist damit doch nicht begründet, daß auch alle damit verknüpften Auslagen von Andern, als von denjenigen, deren Recht gesichert werden soll, zu bestreiten seien. Es entspricht der natürlichen Billigkeit, daß, wer ein Recht zu suchen hat, die damit verbundenen Auslagen, so wie Mühen und Zeitverlust, zu tragen hat. In der Voraussetzung nun, daß von zwei Streitenden Jeder nur aus Rechtsüberzeugung den Streit antrete, muß behauptet werden, daß Jeder auch nur für die ihm selbst verursachten Auslagen einzustehen, und der Eine nicht auch die des Andern zu tragen habe [1]). Denn wenn er auch unterliegt, so hat er dem Andern doch noch kein Unrecht zugefügt, wofür er einstehen müßte. Das Unterliegen selbst kann nicht zur Forderung berechtigen, den Andern auch noch für die Vertheidigung des eigenen Rechtes schadlos zu halten. Wer dagegen aus Ränken, Chicane, calumnia, und dolos,

---

[1]) Clem. Ut calumniis. 1. h. t. Gl. v. Tres: »successive et super eodem articulo; non enim locum habet haec pars, quando super diversis articulis, licet ejusdem causae, tres interlocutoriae sunt latae contra partem.«

*) X. De dolo et contumacia. (2. 14.). – in 6. (2. 6.). — Clement. (2. 4.). — Extrar. comm. (2. 3.). — J. De poena temere litigantium. (4. 16.)

[1]) C. Statutum. 11. §. 4. de rescr. in 6. (1. 3.): ». . . Nec plus ab una parte, quam ab alia exigat (judex), cum commune gerat negotium utriusque.«

oder auch nur leichtfertig, unüberlegt und ohne vernünftigen Grund, temere, [2]), oder leichtsinnig, ohne den Schaden des Andern zu beachten und seine eigenen Ansprüche gehörig zu würdigen, also immerhin culpos einen Streit beginnt, hat schon sofort eine unrechtliche, oder doch nicht eine pflichtmäßige Gesinnung gegen den Andern und macht sich durch sein doloses oder culposes Handeln für den daraus entspringenden Schaden verantwortlich. Wie aber die Erfahrung die Menschen kennen lehrt, werden Rechtsstreitigkeiten, wenn auch nicht chicanös, sondern doch mit Ueberschätzung des eigenen und ohne gehörige Würdigung des fremden Rechtes, also meistens nicht mit unpartheiisch gerechtem Willen angetreten, und spricht daher im Falle des Unterliegens die Vermuthung gegen den Besiegten [3]). Das rechtfertigt die Regel, daß der Besiegte dem Sieger die Prozeßkosten ersetzen muß [4]). – Unterliegt er indessen nur theilweise, oder liegen Gründe vor, welche den Besiegten zu dem guten Glauben, daß das Recht auf seiner Seite stehe, bestimmen konnten und den Verdacht böswilligen oder leichtfertigen Streites heben, so kann er nicht als für den Schaden des Andern verantwortlich erklärt werden, sondern Jeder muß seine eigene Kosten tragen [5]), was Compensation der Kosten genannt wird.

---

[2]) In fr. Qui solidum. 78. §. 2. D. de legat. (31. I.) wird der Ersatz des Schadens und der Kosten verordnet, »si ratio litigandi non fuit,« also ohne rechtlichen Grund geklagt war, wie in fr. Eum qui temere. 79. pr. D. de jud. (5. 1.) gegen denjenigen, »quem temere adversarium suum in judicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportebit,« und in c. Ut debitus. 59. X. de appell. (2. 28.) für den Fall, »si minus rationabiliter eum appellasse constiterit.« Hiernach heißt temere agere so viel, als ohne vernünftigen Grund handeln; temere handelt auch der Bedachtlose, er handelt sine consilio. Cic. de invent. I. 34. §. 58: »... Domus ea, quae ratione regitur, omnibus instructior est rebus, et apparatior, quam ea, quae temere et nullo consilio administratur.«

[3]) Gl. zu c. Finem. 5. X. h. t. v. expensas: »... Alii dicunt, quod nulla distinctio est facienda, et eo ipso, quod succumbit, malam causam praesumitur habuisse, ... et si victus fuerit, praesumitur injuste movisse litem.« Gl. zu c. Calumniam. 4. X. de poen. (5. 37.) v. victori.

[4]) C. Properandum. 13. §. 6. C. de jud. (3. 1.): »... omnes judices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverint.« Gl. zu c. Finem. 5. X. h. t. v. expensas: »... Item illud regulare consuevit esse, ut in fine litis victus victori in expensis litis condemnetur.« C. Humilis. 17. in f. X. de maj. et obed. (1. 33.): »... satisfacturi parti alteri, si succubuerint, in expensis.« C. Calumniam. 4. X. de poen. (5. 37.)

[5]) Nov. 82. c. 10. in f. — Auth. Post jusjurandum. in f. C. 15. C.

Ueber die Compensation, wie auch über die Erstattung der Kosten muß der Richter im Urtheile erkennen, oder die Ansprüche darauf dem Berechtigten vorbehalten. Ist die Bestimmung übergangen, so trägt Jeder die seinigen und kann gegen den Andern, damit nicht aus dem beendigten Streite ein neuer entspringe, deßhalb nicht klagbar werden, doch bleibt ihm der Rückgriff auf den Richter [6]). Selbstredend können sich indessen die Parteien auch über die Kosten vergleichen; nur darf nicht die Hälfte dessen, was das Urtheil zuerkennen würde, verabredet werden [7]).

2. Da zu Anfang des Streites noch ungewiß ist, wer Recht oder Unrecht hat, so muß bis zur erfolgten Entscheidung Jeder die Kosten der durch ihn veranlaßten Handlungen selbst bestreiten; er kann sie nicht von dem Andern verlangen [1]). Für Handlungen, welche durch Beide, oder welche durch den Richter für sie veranlaßt werden, müssen sie natürlich die Vorlagen gemeinschaftlich machen, wofern solche nicht etwa von dem im Streite befangenen Vermögen entnommen werden können [2]). Wird dann am Schlusse auf Ersatz erkannt, so muß der dazu Berechtigte eine Rechnung, ratio, aufstellen und nachweisen [3]), die der Richter ermäßigen

---

de jud. (3. 1.): »... Sed si viderit judex, neutrum litigatorum subdi debere rationi sumptuum propter negotii varietatem, sua sententia hoc declaret.« Gl. ibid. in cas.: »... si autem judex considerat, utramque partem habuisse justam causam litigandi. compensabit expensas.« Gl. zu c. Finem. X. h. t. v. expensas: »... non debet condemnari victus victori in expensis, cum probabilem causam habere praesumitur litigandi.« In der Nov. 82. beruft sich Justinian auf eine Constitution von Zeno, 474, deren Inhalt in der restituirten und nicht recipirten C. Constitutio. 5. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) erhalten ist, und erklärt sich für deren Geltung. Die hier zunächst in Betracht kommenden Punkte waren: »ut quivis judex in sententia sua jubeat victum factos in judicio sumptus praestare;« er konnte die zu hoch befundenen Kosten bis auf ein Zehntel herabsetzen; sprach sich das Urtheil über die Kosten nicht aus, so war der Richter dem Sieger dafür haftbar, und »si judex inveniat, eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem. hic evitabit impensarum condemnationem.«

[6]) C. Terminato. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.). C. Properandum. 13. §. 6. C. de jud. (3. 1.): »... omnes judices ... non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio hujusmodi poenae subjacebunt et reddere eam parti laesae coarctabuntur.«

[7]) Fr. Sumptus. 53. D. de pact. (2. 14.)

[1]) Fr. Imperatores. 17. D. de tutel. et rat. distrah. (27. 3.). C. Ex parte tua. 11. X. de accus. (5. 1.)

[2]) C. Siquando. 7. C. de ord. cognit. (7. 19.)

[3]) C. Cum venissent. 3. in f. X. de eo, qui mitt. in poss. (2. 15.): »... ad restitutionem cogatur expensarum illarum, quas Abbatem constiterit propter hoc necessarias in lite fecisse.«

und feststellen, taxare, oder beschwören lassen kann, wodurch denn eine Verminderung unzulässig wird[4]).

In der Aufstellung dürfen nur die wirklich durch den Streit, nicht die zufällig verursachten, nur die nothwendigen, necessariae in lite, und nur mäßige, moderatae[5]), nicht verschwenderische[6]), aufgenommen werden und wie sie herkömmlich, solitae, und gesetzlich, legitimae, sind. Da der Streit erst mit der Litiscontestation anhebt, so können auch nur die von da ab gemachten Auslagen von Amts wegen berücksichtigt werden, die früheren nur vermöge der Klage und müssen daher diese in der Klageschrift beansprucht werden[7]).

Was endlich Arme angeht, so muß dafür gesorgt werden, daß sie der Kosten wegen nicht um ihr Recht kommen[8]). Wer nun einen Prozeß doloser oder, was dasselbe ist, calumniöser oder chicanöser Weise beginnt oder führt und die Kosten nicht bezahlen kann, wird einer andern Strafe nach richterlichem Ermessen unterworfen[9]).

Das sind die Strafen der leichtsinnig Streitenden, temere litigantium. Dabei sind die chicanös Streitenden, wie gezeigt, mit einbegriffen, also das culpose Handeln dem dolosen gleichgestellt, weil es sich nur um

---

[4]) Auth. Post jusjurandum. C. Sancimus. 15. C. de jud. (3. 1.): »Post jusjurandum delatum et praestitum, non licet judici amplius taxare. Sed et si prius judex taxaverit, et ita secundum quantitatem a judice taxatam juratum fuerit, non habeat licentiam judex minus, quam juratum fuerit, condemnare.« Nov. 82. c. 10.

[5]) C. Cum dilecti. 6. in f. X. h. t.: ». . . ad legitimas et moderatas expensas . . . condemnare.«

[6]) Gl. zu c. Finem. 5. X. eod. v. expensas: ». . . Nota, quod tantum necessariae expensae et moderatae restituendae sunt et utiles . . . et quae propter hoc factae sunt . . . . et si quos fecit casu vel facto, illas non peteret, ... et erunt mediocres, non delicatae . . . nec obstat, quod minores facere potuisset.« Gl. zu c. Cum venissent. 3. X. de eo, qui mitt. in poss. (2. 15.) v. necessarias· »Necessariae expensae dicuntur impensae, sine quibus deterior esset res, si non fierent, aut etiam periret.«

[7]) Fr. Aediles. 25. §. 8. Fr. Item si servi. 30. §. 1. D. de aedil. edict. (21. 1.). Gl. zu c. Finem. 5. X. h. t. v. expensas: ». . . Nota, quod expensae, factae post litis contestationem, peti debent officio judicis, sed quae fiunt ante litis contestationem, petuntur jure actionis et nominatim debent peti in libello.«

[8]) C. Statutum. 11. §. 4. de rescr. in 6. (1. 3.): ». . . Sed et, ubi notabiliter fuerint pauperes litigantes, etiam pro expensis nil prorsus exigat ab eisdem.«

[9]) C. Finem. 5. in f. X. h. t.: »... Et si solvendo non fuerit, alias secundum arbitrium discreti judicis puniatur.«

eine civile, und nicht um eine criminelle Strafe handelt[10]). Auf dem eigentlichen Strafgebiete stehen sich Culpa und Dolus nicht gleich, und darauf hat Calumnia auch eine andere Bedeutung, als im Civil-Prozeß.

3. Mit Arglist und Ränke ist calumnia gleichbedeutend[1]): sie bezeichnen den unerlaubten Zweck beim Handeln und die geschickte Anwendung der unerlaubten, wie der erlaubten Mittel, ihn verdeckt und für Andere, die ihn vereiteln könnten, unvermerkt zu erreichen. Ränke unterscheiden sich von der Arglist durch die lange berechneten und angelegten heimlichen Kunstgriffe. In Rechtsgeschäften, insbesondere im Prozesse, ist der schlechte Zweck der Rechtsnachtheil des Anderen, und im Handelnden die rechtswidrige, böse Absicht, ihm zu schaden, dolus, und indem das Geschäft listig so ausgeführt wird, daß die Absicht ungemerkt erreicht wird, ist es ein arglistiges, und wenn es mit heimlichen Kunstgriffen und mit langer Berechnung gerschieht, ränkevoll und calumniös. Die Arglist in Geschäften, oder im Prozesse, nennen wir Gefährde, Chicane, wofür auch calumnia der technische Ausdruck ist.

Im Strafprozesse wird mit Chicane, calumnia, gehandelt durch eine gerichtliche, wissentlich falsche Beschuldigung eines Deliktes[2]). Das ist ein eigenes Delikt, das im Strafrechte zu besprechen ist. — Wer gegen besseres Wissen als Kläger, actor, einen Civil-Prozeß anhebt, oder sich als Verklagter, reus, darauf einläßt, indem er das beanspruchte Recht dolos bestreitet, begeht ebenfalls Chicane, calumnia, die den Gegenstand der hierhin gehörigen Frage ausmacht[3]). — Gegen diese Chicane, Gefährde, gab und gibt es abschreckende und vorbeugende Mittel.

4. Die abschreckenden Mittel bestanden in Strafen, indem bei bestimmten Klagen, wie beispielsweise auf Schadensersatz nach der aquilischen Lex und wegen Diebstahls, der leugnende Verklagte zu einem

---

[10]) Daher c. Calumniam. 4. X. de poen. (5. 37.): »Calumniam et audaciam temere litigantium condemnando in expensis et alio multiplici remedio sanctio imperialis compescit.«

[1]) Cic. de off. I. 10. §. 33: ». . . Existunt etiam injuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa juris interpretatione.« — Paul. I. 5. §. 1: »Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat.« §. 2: »Et in privatis et in publicis judiciis omnes calumniosi extra ordinem pro qualitate admissi plectuntur.«

[2]) Darauf bezieht sich Paul. I. 5. §. 2. Not. 1.

[3]) Fr. Si calvitur. 233. pr. D. de V. S. (50. 16.): »Si calvitur et moretur, et frustretur. Inde et calumniatores appellati sunt, qui per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus. Inde et cavillatio dicta est.«

höheren, dem doppelten bis vierfachen, Betrage, oder indem bei andern Klagen der Unterliegende dem Sieger in den Schadensersatz verurtheilt wurde, oder dem Kläger vor der Ladung des Verklagten Bürgschaft stellen mußte für den Ersatz des Zehntels der gestellten Forderung als Entschädigung für die Prozeßkosten und andere Auslagen [1]).

Die ersten Strafen sind, so viel nöthig, später an den einschlägigen Stellen zu besprechen und müssen hier übergangen werden. — Die letztere ist im kanonischen Prozesse mit Recht nicht aufgenommen [2]), da sie den unvermögenden Verklagten nicht immer gegen den chicanösen Reichen schützt, dem unvermögenden Kläger aber oft die Erkämpfung seines Rechtes sehr erschweren, oder gar vereiteln kann. — Die zweite Strafe besteht in der Erstattung der durch den Prozeß verursachten Auslagen, der Prozeßkosten, fällt also, wie erwähnt [3]), mit der Frage nach dem Ersatze von diesen zusammen. Hier soll sie indessen nicht lediglich um größerer Deutlichkeit willen, sondern auch aus dem Grunde noch näher besprochen werden, daß auch einzelne Prozeßhandlungen so bestraft werden.

Die Chicane wird so weit bestraft, als ihre Wirkung reicht. Verursachte sie den ganzen Prozeß, so zieht sie den Ersatz aller dadurch herbeigeführten Auslagen nach sich [4]); bezog sie sich auf einzelne Handlungen, auf Vorbringen von Einreden oder auf andere Vorwände zur Verschleppung des Prozesses [5]), so sind nur die dadurch verursachten Kosten zu ersetzen. Dasselbe gilt von eingelegten Berufungen [6]) und von gerichtlichem Ungehorsam, contumacia [7]). Diese Bestimmungen finden auch im Strafverfahren Anwendung [8]).

---

[1]) Nov. 112. c. 2. §. Ecce enim. 1. J. de poen. temer. lit. (4. 16.). Auth. Generaliter. C. Cum clericis. 25. C. de episc. (1. 3.)

[2]) Gl. zu Grat. 3. prs. §. 6. C. Induciae. 4. C. 3. Q. 3. v. exacto: »Id est, reus exiget ab actore; quod tamen nunquam vidi.«

[3]) §. 2. Not. 10.

[4]) Fr. Omnis. 1. §. 1. D. de vacat. et excus. mun. (50. 5.): ». . . si per calumniam et saepius idem adversarius vexandi gratia ejus, quem scit perpetua vocatione subnixum . . . sumptus litis . . . praestare jubeatur ei, quem sine causa saepius inquietavit.« C. Caeterum. 3. X. de rescr. (1. 3.): ». . . qui tali dolo vel fraude adversarium suum laborare coëgit, in expensis condemnari debet eidem.« Gl. v. in expensis.

[5]) C. Finem. 5. X. h. t. C. Ad hoc. 1. in f. X. de sequest. (2. 17.)

[6]) C. Cum venissent. 3. X. de eo, qui mitt. in poss. (2. 15.). C. Cum dilectus. 59. X. de app. (2. 28.)

[7]) C. Et litteris. 2. C. Cum dilecti. 6. X. h. t.

[8]) C. Non ignoret. 4. C. de fruct. et lit. exp. (7. 51.). C. Qui crimen. 3. C. De his, qui accus. non poss. (9. 1.). Gl. zu c. Cum dilecti. 6. X. h. t. v. expensas.

5. Ein vorbeugendes Mittel ist der **Eid gegen Gefährde**, jusjur. calumniae, den die Parteien und Gerichtsbeiständе, Prokuratoren, im Anfange des Streites nach der Litiscontestation leisten. Der Kläger schwört, daß er den Streit nicht aus Chicane begonnen, sondern in der Meinung, daß er eine gute Sache habe, der Verklagte schwört, daß er sich in der Meinung von der Güte seiner Sache auf den Gegenkampf eingelassen [1]), die Advokaten und Prokuratoren aber, daß sie keine Chicane gebrauchen wollten [2]).

Der Gefährdeeid zu Anfang des Streites war unerläßlich, und der Kläger, der ihn verweigerte, wurde mit seiner Klage abgewiesen, der Verklagte aber als geständig behandelt [3]). Diese Nothwendigkeit der Leistung des Eides zu Anfang des Streites ist im kanonischen Rechte dahin gemildert, daß er auch noch im Verlaufe des Prozesses von dem Einen der Parteien dem Andern gegenüber gefordert, doch auch stillschweigend, nicht aber ausdrücklich erlassen werden kann [4]), übrigens indessen, wenn er gefordert, aber verweigert wird, die Wirkung bleibt [5]).

Dieser Eid wird im Accusationsverfahren, jedoch nicht von dem Beschuldigten [6]), wie im Civilprozesse [7]), so in geistlichen, wie in weltlichen Sachen [8]) gefordert, mit Ausnahme der Eltern und der Pa-

---

1) C. Cum judices. 2. C. de jurej. propt. cal. (2. 59.): »... Et actor quidem juret, non calumniandi animo litem se movisse, sed existimando bonam causam habere: reus autem .... quod putans, se bona instantia uti, ad reluctandum pervenerit.« Nov. 39. c. 3. Nov. 124. c. 1. §. Caeniem. 1. J. h. t. C. Cum dilectus. 22. X. de elect. (1. 6.) et Gl. v. juramento.

2) C. Rem non novam. 14. §. 1. C. de jud. (3. 1.). C. In pertractandis. 3. X. de juram. calum. (2. 7.). C. In appellationibus. 2. §. 1. eod. in 6. (2. 4.)

3) C. Cum judices. 2. pr. §. 4. §. 6 et 7. C. de jurej. propt. calum. (2. 59.)

4) C. Si de calumnia. 1. pr. §. 1. eod. in 6. (2. 4.). Gl. v. tacite: »Expresse vero remitti non potest.« Cfr. C. Inhaerentes. 1. C. Litteras. 2. X. eod. (2. 7.)

5) C. Cum in caussa. 7. §. 1. X. eod. (2. 7.). Auth. Principalis. §. 5. C Cum judices. 2. C. eod.

6) Giraldi. Decret. lib 1. sect. 275.

7) C. Inhaerentes. 1. X. de juram. cal. (2. 7.): »... in quacunque causa, sive controversia, seu criminali, seu civili, jusjurandum compellatur qualibet ratione subire.« Gl. v. criminali.

8) C. Cum dilectus. 32. X. de elect. (1. 6.). C. Litteras. 13. X. de rest. spol. (2. 13.). C. Si de calumnia. 1. §. 2. de juram. calum. in 6. (2. 4.): »Quamvis in caussis spiritualibus, in quibus debet de veritate dicenda jurari, cano-

krone[9]). Seine Leistung begründet die Vermuthung für die gewissenhafte Streitführung[10]) und schützt gegen die Verurtheilung in die Prozeßkosten[11]).

Außer diesem Gefährdeeide, der sich auf den ganzen Prozeß bezieht und der allgemeine, jur. calumniae generale, heißt, gibt es auch einen besondern, jur. cali speciale, der nur bei einzelnen Gerichtshandlungen gefordert und geleistet wird, wie vor der vierten Zeugen-Production[12]), vor Ableistung des deferirten Eides[13]), in welchen Fällen die Verweigerung desselben die Folge hat, daß die Handlung nicht Statt findet.

6. Ein weiteres, in die Hände des Richters gelegtes Vorbeugungsmittel gegen die Chicane ist der Eid, den der Richter in jeder Lage des Prozesses und abgesehen von dem etwa schon geleisteten Gefährdeeide, wo er es für nöthig erachtet, den Parteien auferlegen kann[1]), juram. malitiae genannt.

7. Die regelmäßige Vornahme oder der ordentliche Gang der gerichtlichen Handlungen kann auch dadurch aufgehalten oder gestört werden, daß der eine der Betheiligten der richterlichen Anordnung nicht Folge leistet und die Handlung nicht vornimmt, oder sich doch nicht daran betheiligt. Ist sie zur gerichtlichen Fortführung der Sache nicht nothwendig, dem Betheiligten daher die Vornahme überlassen, und er deßhalb dazu nur mahnend, monitorisch, aufgefordert, so verstößt er durch die Unterlassung höchstens gegen sein eigenes Recht oder Interesse; ist sie aber nothwendig, daher die Aufforderung dazu verpflichtend und befehlend, arctatorisch, so ist eine unabsichtliche und schuldlose Unterlassung nicht pflichtwidrig, daher auch nicht Ungehorsam und nicht strafbar an sich,

---

nes non indicant alicui calumniae juramentum, nos tamen . . . utile reputamus, quod simul tam de veritate dicenda, quam de calumnia, ut via praecludatur calumniis, jurari debeat in eisdem.« Hierdurch ist c. Litteras. 2. X. de juram. cal. (2. 7.) aufgehoben.

[9]) T. 14. §. 3. Not. 2.

[10]) C. Sancimus. 26. C. 1. Q. 7.

[11]) Gl. zu c. Finem. 5 X. h. t. (2. 14.) v. expensas: ». . . si est juratum de calumnia, puta quia talis causa est, ubi juratur, tunc non debet condemnari in expensis, quia non est verisimile, quod aliquis sit immemor suae salutis.«

[12]) B. 2. T. 3. §. 11. Not. 13.

[13]) B. 1. T. 14. §. 3. Not. 4. 6.

[1]) C. In appellationis. 2. §. 2. de juram. cal. in 6. (2. 4.): »In omnibus autem caussis, nedum ante, sed etiam postquam lis fuerit contestata, sive de veritate, sive de calumnia sit juratum in ipsis, potest judex a partibus exigere juramentum malitiae, quoties viderit expedire.«

eine bloße, aus [illegible], aus Nachlässigkeit etwa, hingegen, und mehr noch die absichtliche, eine böswillige, um sich dem richterlichen Befehle zu entziehen oder um den Kläger in Schaden zu bringen, ist immer pflichtwidrig und Verletzung der richterlichen Autorität[1], ist Ungehorsam, Widersetzlichkeit, und kann daher im Allgemeinen, cont. generalis genannt. So gibt es einen verschuldeten Ungehorsam, cont. culposa, und einen dolosen, cont. dolosa, und beide sind, civilrechtlich betrachtet, gleich strafbar. Die nächste Folge dieses allgemeinen Ungehorsams ist die, daß dem Säumigen sein Unrecht keinen Vortheil[2]) und dem Kläger, wo er den richterlichen Rechtsschutz anrief, keinen Schaden bringen darf, jener also die Kosten tragen muß[3]). Ist es der Kläger selbst, so verliert er zugleich sein Klagerecht, wenn er nicht genügende Gewähr leistet, daß er den Termin gehörig einhalten werde[4]). — Ein Weiteres ist indessen nicht durch das Verhältniß selbst gerechtfertigt, da der rechtswidrige Wille für sich nicht der richterlichen Bestrafung unterworfen werden kann. Das kann er erst, wenn er in eine gesetzlich mit Strafe bedrohte Handlungsweise übergegangen ist. Und diese ist die eigentliche Contumacia, die im Gegensatze zu jener sehr wohl die spezielle, specialis, genannt werden kann.

Der Ungehorsam überhaupt ist die Verweigerung der Unterwerfung unter dem fremden verpflichtenden Willen, und contumacia ist mehr: sie ist der Ungehorsam mit Halsstarrigkeit[5]). Der Halsstarrige läßt sich durch keine Einwirkung beugen und zur Unterwerfung vermögen, und der contumax tritt der befehlenden Autorität nicht bloß nicht unterwürfig, sondern mit Ueberhebung, tumor, gegenüber[6]). Diese unbeugsame Ueberhebung kann zwar schon sofort in dem Ungehorsamen die bestimmende

[1]) Fr. Non potest. 199 D. de R. J. (50. 17.): »Non potest dolo carere, qui imperio Magistratus non paruit.« C. De illicita 6. pr. C. 24. Q. 3. C. Cordi nobis. 1. in f. de appell. in 6. (2. 15.)

[2]) C. Ex litteris. 2. X. h. t.: ». . . nos attendentes, malitiam et dolum nulli patrocinari debere.« C. Cum olim. 33. X. de off. et pet. jud. del. (1. 29.

[3]) §. 4. Not. 7.

[4]) C. Actor. 1. h. t. in 6.

[5]) Seneca sagt epist. 83. von dem nachtheiligen Einflusse der Trunkenheit, ebrietas, auf kriegerische Völker: »haec contumacissimos et jugum recusantes in alienum egit arbitrium.«

[6]) Dadurch wird die contumacia mit insolentia, arrogantia und superbia hier verwandt. Cic. in C. Verr. IV. c. 41. §. 89: ». . . an vero ex hoc illa tua singu- [illegible]significatur insolentia, superbia, contumacia?« Id. pro Rosc. Com. c 15 §. [illegible] Est tuae contumaciae, arrogantiae, vitaeque universae vox.«

Ursache sein; allein sie ist als solche nicht der richterlichen Beurtheilung unterworfen, so lange sie nicht in äußeren Handlungen hervorgetreten ist. Erst die in Handlungen übergegangene und bethätigte Halsstarrigkeit ist gerichtlich strafbar. Gegen den an den Tag getretenen Ungehorsam müssen also Einwirkungen zur Unterwerfung schon Statt gefunden haben, bevor Halsstarrigkeit angenommen werden darf. Eine halsstarrige Stimmung ist für sich allein und ohne Beziehung solcher Einwirkung noch nicht Halsstarrigkeit und contumacia im gesetzlichen Sinne. Eine solche Einwirkung ist die Wiederholung des richterlichen Befehles, edictum. Ein einmaliger Befehl würde noch nicht, wenn er erfolglos bliebe, als genügend gelten können, eine Unbeugsamkeit anzunehmen, wofern er sich nicht als der letzte ankündigte und sein Gewicht durch Androhnng von Nachtheilen oder Uebeln verstärkte. Indessen muß es auch hier um des Rechtes im Allgemeinen und im Einzelnen willen eine Grenze geben. Und diese besteht in einem dreimaligen, oder in einem einmaligen, allein zugleich als entscheidend und mit Strafdrohung geschärften, peremtorischen Befehle. Wer dem dreimal, oder dem einmal peremtorisch ertheilten richterlichen Befehle nicht Folge leistet, ist halsstarrig, contumax [7]).

Hier ist persönlich von dem Befehle erhaltene Kenntniß [8]) und freiwillige Unfolgsamkeit vorausgesetzt, daher ein wirklicher gerichtlicher Ungehorsam, contumacia vera, gegeben. Waltete aber ein dem Richter unbekannt gelassener Verhinderungsgrund ob [9]), oder wäre der Aufgeforderte ohne ihn entschuldigenden Grund, oder absichtlich, um sich dem Gerichte zu entziehen, vor der Mittheilung des Befehles abwesend, oder nicht zu treffen, latitans; so dürfte deßhalb die Untersuchung nicht aufgegeben, sondern es müßte dem Rechtsuchenden, oder dem Richter, Recht verschafft, daher das Nichterscheinen als gerichtlicher Ungehorsam behandelt werden, contumacia praesumta, ficta. Dieser Ungehorsam ist

---

7) Fr. Contumacia. 53. §. 1. D. de re jud. (42. 1.): »Contumax est, qui tribus edictis praepositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium vocatur, literis evocatus praesentiam sui facere contemnit.«

8) Fr. Illud meminerim. 1. §. 3. D. quae sent. sine appell. resc. (49. 8.): »Item cum ex edicto peremptorio, quod ... neque in notitiam pervenit, absentis condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam.«

9) C. Cum Bertholdus. 18. X. de sent. et re jud. (2. 27.): » ... si justam absentiae causam ostenderet . . . sententiam nullius decernerent esse valoris.« C. Ex parte tua. 47. X. de appell. (2. 28.): » . . . quoties ad illos judices vos evocari contigerit, ad quorum praesentiam vobis periculosum est ire, libere poteritis appellare.«

ein vermutheter, weil und so lange es ungewiß bleibt, daß er ein wirklicher ist.

8. Weil die Contumacia ein rechtswidriges und mit Rechtsnachtheilen verbundenes Verhalten ist, so muß sie als eine solche dem Richter gewiß geworden und als vorhanden erklärt sein, bevor sie auch nur als eine vermuthete gelten und behandelt werden darf. Vor Allem muß daher die gesetzliche Aufforderung, als ihre Grundbedingung, voraufgegangen und gewiß sein. Diese ist aber die gesetzliche, wenn sie, wie angegeben, dreimal, und zwar mit zehntägigen [1]), oder je nach den Umständen erweiterten [2]) Zwischenräumen, schriftlich, literis [3]), an den Aufgeforderten persönlich oder, wie andere Ladungen [4]), an dessen Wohnung oder an Andere, oder aber einmal, jedoch ausdrücklich als eine peremtorische und mit dem gerichtlichen Vorgehen drohende [5]) ergangen ist. — Wäre er nicht zu treffen, oder hielte er sich verborgen, latitans [6]), oder verhinderte er den Empfang der Aufforderung [7]), so müßte eine Edictal-Ladung [8]) ergehen. — Die Aufforderung muß daher nicht bloß arktatorisch, wie bemerkt, sondern zugleich auch peremtorisch und bedrohlich sein.

9. Handelt der Richter von Amts wegen, wie bei der Inquisition, so erläßt er die Aufforderungen und erkennt nach deren Ausführung auf den Grund der vorgenommenen Untersuchung das Obwalten der Contumacia von Amts wegen, in anderen Fällen, wie bei Civilklagen, erläßt er die Aufforderung [1]) und das Erkenntniß über die Contu-

---

[1]) Fr. Per intervallum. 69. D. de jud. (5. 1.): »Per intervallum non minus decem dierum.«

[2]) C. Dilecti. 1. X. de dilat. (2. 8.): ». . . non spectat ad juris ordinem, diem peremptorium, maxime cum de rebus ecclesiasticis agitur, nisi forte, necessitate urgente, taliter maturare.« Fr. Nonnunquam. 72. D. de jud. (5. 1.)

[3]) Fr. Contumacia. 53. §. 1. D. de re jud. §. 7. Not. 7.

[4]) Tit. 6. §. 3. Not. 7. 8.

[5]) Fr. In peremptorio. 71. D. de jud. (51.): »In peremptorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum.« C. Consentaneum. 8. C. quom. et quand. jud. sent. (7. 43.). C. Cum dilecti. 6. X. h. t. (2. 14.): ». . . sciret, quod, quantum de jure possemus, procederemus, extunc in negotio memorato.«

[6]) Fr. Fulcinius. 7. §. 4. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4.)

[7]) C. Quoniam. 5. §. 1. X. ut lit. non cont. (2. 6.)

[8]) T. 6. §. 3. Not. 10.

[1]) Fr. Ad peremptorium. 68. D. de jud. (5. 1.): »Ad peremptorium edictum hoc modo pervenitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum.« Fr. Et tertium. 70. D. eod: »Et tertium, quibus propositis, tunc peremptorium impetret.«

macia [2]) auf den Antrag des gegnerischen Theiles, accusatio contumaciae. Ohne einen solchen Antrag kann der Richter Nachsicht üben [3]) und die Frist verlängern [4]) oder die Aufforderung erneuern. Ist, wer die Aufforderung erwirkte, in der für die gerichtliche Handlung bestimmten Frist nicht anwesend, so wird sie aufgehoben, circumdicitur, und damit ist die Instanz für die Handlung erloschen [5]), mithin in Folge davon die Erwirkung einer neuen Aufforderung nothwendig, daher denn auch kein Antrag auf Erkennung der Contumacia, Ungehorsams-Beschuldigung, auf den Grund jener Aufforderung zulässig.

10. So lange über das Obwalten der Contumacia noch kein Spruch ergangen ist, kann sie mit ihren nachtheiligen Folgen gehoben, gereinigt werden, purgatio contumaciae [1]), durch wirkliche Vornahme der auferlegten gerichtlichen Handlung [2]). Ist der Spruch ergangen, so kann er nur durch eine Rechtsherstellung, restitutio in integrum, wieder aufgehoben werden, da es gegen eine Verurtheilung wegen Contumacia keine Berufung gibt [3]). Wie diese zu begründen sei, muß der Lehre darüber [4]) überlassen werden.

11. Die Strafen der Contumacia sind, je nach dem zu schützenden Interesse, öffentliche, publicae, oder private, privatae.

---

[2]) C. Properandum. 13. §. 2. C. eod. (3. 1.): »... parte fugiente ex una parte actoris absentiam incusante ... §. 3. Sin autem reus abfuerit, et similis ejus processerit requisitio ... etiam absente eo eremodicium contrahatur.« Nov. 112. c. 3. pr.

[3]) C. Consuluit. 24. X. de off. jud. del. (1. 29.): »... erit pars contumax peremptorio elapso citanda, nisi gratiam fecerit ei benignitas judicantis.« Gl. v. gratiam fecerit: »Ecce quanta potestas datur judici circa judicia, ut possit parcere contumaci in praejudicium alterius.«

[4]) C. Dilecti. 1. X. de dilat. (2. 8.). §. 8. Not. 2.

[5]) Fr. Et post edictum. 73. §§. 1. 2. D. de jud. (5. 1.)

[1]) C. Ad haec. 1. in f. X. ut lit. n. cont. (2. 6.): »... Potuit ... si sciens non purgaverit eandem (contumaciam) excommunicationis sententia innodari.«

[2]) C. Cum dilecti. 6. X. h. t. »... Quapropter quia dictus electus nec venerat, nec sufficientem miserat responsalem, ad diem sibi statutum, vel post, etiam diutius exspectatus, nec de vicino ejus adventu spes erat, utpote qui per litteras utcunque excusaverat moram suam, et calores aestivos et insidias sibi positas formidabat, eum reputavimus contumacem.« Hätte der Vorgeladene, statt bloße Verhinderungsgründe für eine unbestimmte Zeit vorzubringen, einen Bevollmächtigten, wie ihm auferlegt war, geschickt oder sein persönliches Erscheinen auch nur in nahe Aussicht gestellt, so wäre er nicht als contumax erklärt worden.

[3]) C. Ejus, qui. 1. C. quor. app. non recip. (7. 65.)

[4]) B. 7. T. 5. §§. 4. 11. 12. 13.

Das öffentliche Interesse ist, nicht allein, wo der Richter, wie bei dem Inquisitionsverfahren, von Amts wegen handelt, sondern auch in Privatsachen, die Schützung der richterlichen Auktorität. Um dieser willen kann dann auch der Richter von Amts wegen und ohne Antrag der einen Partei eine entsprechende Strafe verhängen. Und diese besteht in einer Censur [1]). Die Strafen sind aber, eben weil sie öffentliche sind, nur gegen die spezielle Contumacia unter deren gesetzlichen Vorbedingungen anwendbar.

Das zu schützende Privat-Interesse ist einerseits immer der dem andern Theile durch die Contumacia verursachte Schaden, der ihm durch Ersatz der Prozeßkosten ersetzt werden muß, und andererseits die Sicherung des von ihm nachgesuchten Rechtsschutzes. Die Verurtheilung zum Ersatze erfolgt nicht bloß gegen die spezielle, wahre oder vermuthete, sondern auch gegen die allgemeine, culpose wie dolose [2]), Contumacia immer [3]), wofern sich eine Culpa ergibt. Was den nothwendigen Rechtsschutz angeht, so besteht er zunächst darin, daß die gerichtliche Handlung, wie ihm angedroht [4]), als wäre er gegenwärtig, mit ihren gesetzlichen Rechtsfolgen vor sich geht, und sind die für ihn daraus entspringenden Nachtheile Strafen seines Ungehorsams. Wie in Beziehung auf den Gegenstand des Streites weiter vorgeschritten werden kann, wird zweckmäßiger der Lehre über das Civil- und das Strafverfahren vorbehalten.

---

[1]) C. Praeterea. 5. X. de off. jud. del. (1. 29.). C. Ad haec. 1. in f. X. ut lit. n. cont. (2. 6.). §. 10. Not. 1. C. Tuae fraternitatis. 3. X. eod. C. Cum parati. 19. X. de appell. (2. 28.)

[2]) §. 7.

[3]) C. Cum dilecti. 6. in f. X. h. t.

[4]) §. 8. Not. 5.

Zweites Buch.

Ordentliches Civil-Verfahren.

Einleitende Uebersicht.

Der Gang der gerichtlichen Untersuchungen ist ein verschiedener. Diese Verschiedenheit ist nicht lediglich eine historisch gegebene, sondern auch eine natürliche Folge der Verschiedenartigkeit der Gegenstände, die untersucht werden. Strafsachen können, schon weil es sich um Strafen, oft um die höchsten Lebensgüter, zugleich auch um ein Interesse der ganzen Gesellschaft handelt, nicht in allen Theilen des Prozesses in gleicher Weise, wie streitige Privatrechte behandelt werden. Wenn auch die Untersuchung als solche in ihren Haupttheilen die gleiche bleibt, so sind doch einzelne Modifikationen, auch zusätzliche Handlungen, wie sie der Gegenstand nothwendig macht, unvermeidlich. Die Untersuchungen, cognitiones [1], in Privatsachen nun werden nach dem Gegenstande civile, und im Gegensatze zu ihnen die wegen der Delikte criminelle genannt [2]). Ueber beide muß denn auch die Lehre abgesondert vorgetragen werden.

---

1) So heißen die gerichtlichen Verhandlungen in Strafsachen sowohl, als in Privatsachen. Fr. Cognitionem. 5. pr. D. de extraord. cognit. (50. 13.): »... Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest; aut enim de honoribus ... aut de re pecuniaria disceptatur, ... aut de aliquo crimine quaeritur.«

2) Fr. Ante. 2. D. de appell. recip. (49. 5.): »... si quaestionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit, vel in criminali.« C. Cum in praeterito. 2. C. Th. ad leg. Corn. de fals. (9. 19.): »... judex civilis controversiae ... imminens recusatio .... quaestione civili per sententiam termi-

[illegible] wie sich [illegible] außerordentliche [illegible] Beirecht [illegible] ist auch für [illegible] Anforderungen [illegible]

[illegible] erlassen.

Erster Titel.

[illegible] nach dem alten römischen Rechte.

[illegible] Mehrzahl der Civilproceß[illegible] der Untersuchungen der [illegible] der ordentliche, cognitio [illegible] Ausnahmefällen beobachtet [illegible] [extraordin]aria, hieß, und im [illegible] [Ausnahme]fälle waren feststehende [illegible] oder der sonst zuständige [illegible] daß er für jeden einzelnen [illegible] bestellte, der, wie [illegible] [illegible] ihm speziell ertheilten [illegible] gab. Dieser [illegible] den kanonischen Proceß [illegible] die ohne Hinblick auf [illegible] nicht wohl ganz und [illegible]

[illegible] alte Verfahren nahm, [illegible] getrennt betrachtet [illegible] der Parteien unter sich, [illegible] oder dem Präses der [illegible]

[illegible] strepitus criminalis. [illegible] familiari et civilis et crim[illegible]

[illegible] Nr. 6.

jure [1]), und die dritten vor dem speziell bestellten Judex, in judicio [2]), r sich.

Die erste Handlung war Seitens des Klägers die Vorladung s andern Theiles, an einem bestimmten Gerichtstage vor dem Magi- ate zur Vornahme der gerichtlichen Handlungen zu erscheinen, in jus catio [3]). Sie verpflichtete diesen dem Kläger gegenüber zur Folge- tung, wenn er den gesetzlichen Nachtheilen entgehen wollte. Da er , wenn er es zu einer gerichtlichen Verhandlung kommen zu lassen vor- , vor dem Magistrate gegen den Angriff, so weit er es vermochte, tzen konnte, so mußte er von den Ansprüchen und deren Begründung intniß erhalten. Das machte Seitens des Klägers eine zweite Hand- g, die Mittheilung und Angabe der Klage nebst deren Grün- , welche er vor dem Judex vorlegen mußte, editio actionis [4]), noth- ıdig. Die Edition konnte mündlich oder schriftlich, selbstrebend auch der Vorladung, geschehen. Die Angabe der Klage richtete sich nach im Album aufgeführten Formeln, und so, wie sie der Kläger vom tor bewilligt wünschte [5]).

3. Im Jus konnten als einleitende Handlungen das Fragen Antworten, interrogationes et responsiones in jure, und der rtrag und die Nachweise der Einreden vorkommen; bei jeder ze aber mußten die Litiscontestation und die Bestellung des ıicii vor sich gehen. Vor das Judicium gehörte denn die speziellere rsuchung mit Beweisführung und Urtheilsfällung. Die Thätigkeit Judex hing von dieser Bestellung ab, weshalb sie als die Haupt- dlung der zweiten Stufe angesehen werden muß.

Die Bestellung des Judicii geschah durch Ausfertigung einer Klage- .el, formula. Eine solche lautete beispielsweise [1]): »N. N. judex

---

[1]) Fr. Voluit. 4. §. 1. D. de interr. in jure fac. (11. 1.): »Quod ait Prae- qui in jure interrogatus responderit, sic accipiendum est, apud magistra- populi romani, vel Praesides provinciarum, vel alios judices.«

[2]) B. 1. Tit. 9. §. 3.

[3]) B. 1. Tit. 6. §. 3. Not. 1. 2.

[4]) Fr. Qua quisque. 1. pr. D. de edendo. (2. 13.): »Qua quisque actione e volet, eam edere debet; nam aequissimum videtur, eum, qui acturus edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra t; et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita ne, qua conveniatur.« — §. 3. »Edenda sunt omnia, quae quis apud judicem us est.«

[5]) Fr. Qua quisque. 1. §. 1. D. eod.

[1]) Gaj. IV. §§. 39—44. 46.

esto, quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit. Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, judex Numerium Negidium X. milia condemna; si non paret, absolvito.«

Diese Formel enthielt, außer der Bezeichnung und Delegation des Judex, zugleich die Instruktion für seine richterliche Wirksamkeit durch Hinweisung auf den Klagegrund, demonstratio, in dem Satze: »quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit«, oder etwa bei einem Depositum » . . . apud . . . hominem deposuit«; dann durch genaue Bestimmung des klägerischen Antrages, intentio, in den Worten: »N. N. A. A. sestertium X milia dare oportere,« und durch die Ermächtigung zur entscheidenden Urtheilssprechung, condemnatio: »judex N. N. X. milia condemna.« War eine Exception geltend gemacht, so wurde sie mit der Condemnation beschränkend so in Verbindung gebracht: »judex, si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum est, neque fiat.« In andern Formeln wurde ein bei der Untersuchung und Entscheidung zu beachtender Thatumstand voraufgeschickt: »ea res agetur, cujus rei dies fuit«[2]). Wurde ein Vertreter für den Kläger oder den Verklagten bestellt, so lautete die Intention auf den Herrn der Klage, die Condemnation hingegen auf den Vertreter[3]).

Die so bewilligte und ausgefertige Formel ist die obrigkeitlich ertheilte Klage, actio[4]). und auf eine solche Bewilligung bezieht sich das oft wiederkehrende: actionem dare[5]), concedere, non denegare, non inhibere[6]). Weil mit der Formel-Ertheilung das Judicium zugleich kon-

[2]) Gaj. IV. §. 131. — B. 1. Tit. 6. §. 4. Not. 3. 4. 5.

[3]) Gaj. IV. §. 86: »Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium X milia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X. milia condemna, si non paret, absolve,« wo Lucius Titius der Vertreter des Klägers ist. Wäre der Verklagte vertreten gewesen, so würde die Condemnation auf dessen Vertreter gelautet haben: »judex Lucium Titium Publio Maevio . . . condemna.« Fr. Furti. 6. §. 2. D. de his, qui not. (3. 2.): »Si quis alieno nomine condemnatus sit . . . nec procurator meus, vel defensor, vel tutor . . . condemnatus, infamia notabuntur.«

[4]) Was bei Gaj. IV. §. 74: »formula competit de peculio« heißt, ist §. Caeterum. 5. J. Quod cum eo. (4. 7.): »actio competit de peculio.«

[5]) Fr. Sed et si 25. pr. D. de judic. (5. 1.): » . . . actio in eum non dabitur.« §. 1: » . . . datur in fideicommissarium actio.«

[6]) Fr. Non alias. 24. §. 2. D. eod: »Sed si postulatur in rem actio . . . sic servandum, ut . . . non sit concedenda actio: . . . non sit inhibenda . . . . denegandam actionem . . . . non datur actio.«

stituirt ist, so wird diese Handlung oft auch durch judicium dare [7]), reddere [8]) bezeichnet.

4. Diese Klagenertheilung war eine rein obrigkeitliche Handlung, die Feststellung jeder speziellen, dem gegebenen Sachverhältnisse angemessenen Klageformel aber war zunächst Sache der Parteien; der Einfluß des Magistrates bestand vorzüglich darin, daß er der Feststellung selbst und zugleich allen sie einleitenden Handlungen durch seine Anwesenheit und Autorität rechtliche Bedeutung verlieh und sie leitete und daß er nicht nur gesetzlich unzulässige Klagenanträge [1]), sondern auch unangemessene abweisen konnte [2]).

Schon der Beginn der einleitenden Handlungen setzte einen Klagevortrag Seitens des Klägers voraus, ein postulare, petere actionem oder judicium, oder dictare actionem, judicium. Bedurfte er zu demselben über das verpflichtete Subjekt sowohl, als über den Gegenstand Auskunft [3]), so stand ihm, wie zugleich zur Erleichterung der Beweisführung [4]), das Recht der Fragestellung, interrogationes in jure, zu, worauf der Vorgeladene antworten mußte, responsiones in jure. Damit stehen die Einräumungen und Zugeständnisse, confessiones in jure, in engster Verbindung [5]). Brachte der Vorgeladene Einreden vor, so trat er damit als Kläger ein und hatte das nämliche Fragerecht. Dem Magistrate stand ebenfalls dieses Recht zu [6]). Die Fragestellung bespricht Cicero anschaulich [7]): »Nunc, quae judiciis accommodata sint, exspecto . . . Atque ejus quidem generis finis est aequitas; . . . ut, . . . quum haeredidatis, sine lege aut sine testamento, petitur possessio . . . Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, quum aut, sitne actio illi, qui agit, aut jamne

---

[7]) Fr. Praetor ait. 1. pr. D. de publican. (39. 4.): ». . . in simplum judicium dabo.«

[8]) Fr. Titius. 76. D. de procur. (3. 3.): ». . . defensor recusabat judicium in se reddi oportere.« Fr. Inter stipulantem. 83. §. 1. D. de verb. obl. (45. 1.): ». . . judicium autem etiam in invitum redditur.«

[1]) §. 3. Not. 6. Fr. Hunc titulum. 1. §§. 1. 7. 8. D. de postul. (3. 1.)

[2]) Fr. Si noxale. 27. pr. D. de noxal. act. (9. 4.). C. Nulli. 2. C. de formulis. (2. 58.)

[3]) Fr. Edictum. 2. Fr. Si quis in jure. 7. Fr. Si quis interrogatus. 8. D. de interr. in jur. fac. (11. 1.)

[4]) Fr. Totiens. 1. §. 1. in f. Fr. Voluit. 4. D. eod.

[5]) B. 1. Tit. 9.

[6]) Fr. Si sine. 9. §. 1. D. eod.

[7]) Cic. Oratoriae partit. c. 28. §§. 98. 99. 100.

sit, aut jam esse desierit, aut illa lege, hisce verbis sit actio, quaeritur. Quae etiam si ante, quam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non sunt; tamen in ipsis judiciis permagnum saepe habent pondus, quum ita dicitur: Plus petisti: sero petisti: non fuit tua petitio: non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc judicio. Quarum causarum genus est positum in jure civili: quod est in privatarum ac publicarum rerum lege, aut more positum: cujus scientia neglecta ab oratoribus plerisque, nobis ad dicendum necessaria videtur. Quare de constituendis actionibus, accipiendis subeundisque judiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda aequitate, quod ea fere generis ejus sunt, ut, quanquam in ipsum judicium saepe delabantur, tamen ante judicium tractanda videantur.« Hier sind zugleich auch schon theils die peremtorischen und theils die dilatorischen Einreden und andere Ausstellungen gegen die Fassung der Klageformel erwähnt, wozu, nebst andern, auch die gegen den vorgeschlagenen Judex gerichteten gehörten. Der Feststellung der Formel nun mußte die Erledigung aller dieser Punkte vorausgehen, oder ausdrücklich dem Judicium vorbehalten werden, wie die angegebenen Formeln zeigen. — Jenes Fragen und Antworten sind die Fragestücke, positiones, und die Beantwortungen, responsiones, des kanonischen Prozesses, von denen noch näher die Rede sein wird.

Ueber die bei diesen gegenseitigen Erklärungen ungewiß gebliebenen Vorfragen konnte und mußte der Magistrat durch summarische Erkenntnisse, Interlokute [h]), entscheiden.

5. So mußten diese Verhandlungen herausstellen, was noch unentschieden und dem Judicium zu überweisen blieb. Und von diesem Ergebnisse war eine bestimmte Feststellung, wie auch Cicero andeutet, unabweisliches Bedürfniß für den Prozeß. Denn jedem Theile mußte es nicht bloß genau und bestimmt bekannt sein, was er noch zu beweisen oder zu bekämpfen hatte, sondern es mußte ihm auch als unbestritten und unabänderlich feststehend gewiß sein. Eben so mußte der Judex den Gegenstand seiner Thätigkeit und die Grenzen seiner Befugnisse mit Sicherheit kennen lernen, daher denn ebenfalls der Magistrat, um seine Instruktion durch die Formel zu entwerfen und auszufertigen. Diese Feststellung des Ergebnisses aber mußte der Magistrat den Parteien überlassen [i]). Sie

---

[h]) B. 1. Tit 5. §. 6.

[i]) Cic. pro A. Caecin. c. 3. §. 8: »Etenim si praetor is, qui judicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit.«

selbst vorzunehmen, war weder sein Interesse, noch auch seine Befugniß. Denn er hatte dabei nur die gesetzlichen Vorschriften und Formen zu überwachen und das Recht eines jeden Theiles zu schützen, doch nicht darüber zu verfügen, was ein Eingreifen durch Bestimmung des materiellen Inhaltes der einzelnen Sätze gewesen wäre. Was Jeder geltend machen konnte, wie auch, was er nicht geltend machen wollte, war sein Recht. Das aber mußte zugleich auch, und zwar so ausgesprochen werden, daß es für jeden Theil, wie für den Magistrat und den künftigen Richter unbestreitbar gewiß war. Und dazu konnte der Magistrat den Verklagten zwingen [2]). Gegen den Kläger konnte der Fall eines nothwendigen Zwanges in der Regel nicht eintreten, weil die Weigerung ein Verzicht auf die Klageformel gewesen wäre, sondern etwa dann nur, wenn der Magistrat an der Klageformel eine durch die Entgegnungen des Verklagten als nothwendig erachtete Aenderung beschloß. Und diese im Jus gegenseitig ausgesprochene Feststellung des Gegenstandes der Untersuchung durch den zu bestellenden Richter war die Litiscontestation, wie sie ihrer Wesenheit nach auch noch im kanonischen Rechte besteht. Die Art, wie sie von den Parteien vorgenommen wurde, ist minder wichtig, als ihr Inhalt und ihre rechtliche Bedeutung.

6. Die Litiscontestation war und ist noch eine besondere, für sich bestehende und von den bisher besprochenen Handlungen, die im Jus vorgenommen wurden, verschiedene Handlung. Denn sie wird immer nur als eine solche erwähnt und namentlich von allen übrigen, von der Edition, der Postulation und den Responsionen, unterschieden [1]), und da sie nicht eine Handlung des Magistrates, und noch weniger des Richters, sondern der Parteien ist; so fällt sie auch nicht mit der Constitution des

---

[2]) Fr. Filius familias. 8. §. 3. D. de procur. (3. 3.): »... Praetor ait: ad judicium accipere cogam.« Fr. Titius. 76. D. eod. Fr. Si legatarius. 25. Fr. Sed etsi. 28. §. 2. D. de jud. (5. 1.)

[1]) C. un. C. de lit. contest. (3. 9.). Severus et Antoninus. a. 203: »Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest.« C. un. X. eod. (2. 5.): »... quamvis positiones et responsiones hinc inde super pluribus articulis factae fuerint coram judicibus memoratis, quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam.« C. Dudum. 54. §§. 2. 3. X. de elect. (1. 6.). C. Si oblato. 2. de lit. contest. in 6. (2. 3.): »Si, oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur, nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta: immo ea non obstante fieri oportebit eandem.«

Judicii zusammen. Ulpian sagt von zwei Parteien: »Si inter primum et secundum sit lis contestata«, ihr Verhältniß könne einen Dritten nicht beschränken, und zwar, »quod fieri potest, ut duo in necem ejus litem inter se jungant«[2]). Sie beide waren also dabei thätig und bewirkten selbst eine Rechtsverbindung. An einer andern Stelle lehrt er[3]): »Si a me fuerit adrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solvi judicium.«

In welcher Reihenfolge die L. C. zu diesen Handlungen, und insbesondere zu der Constitution des Judicii stand, bezeugt Cicero genau. Wegen der Tödtung des Sklaven Panurgus, welcher dem L. Fannius und dem Q. Roscius gemeinschaftlich angehörte, wurde Fannius gegen den Thäter, Q. Flavius, klagbar, und bestellte den Roscius zum Cognitor. Ueber diesen Prozeß führt Cicero die Behauptung des Fannius so an[4]): »In hanc rem, inquit, me cognitorem dedisti. Lite contestata, judicio damni injuria constituto, tu sine me cum Flavio decidisti.« Die L. C. folgte also nach der Bestellung des Cognitors, ging aber der Constitution des Judicii vorauf. Der Cognitor wurde aber mit einer gewissen Förmlichkeit zur Führung des Prozesses[5]) im Jus bestellt, wie ebenfalls der Judex.

In den Ferien wegen der Erndte und Weinlese durfte Niemand, dringende Fälle ausgenommen, vor das Jus geladen werden. Von solchen Fällen sagt Ulpian[6]): »Sane quotiens res urget, cogendi quidem sumus ad Praetorem venire, verum ad hoc tantum cogi aequum est, ut lis contestetur.« Die L. C. ging also im Jus vor sich und war eine von der Ertheilung der Klageformel und der Bestellung des Judex an sich und der Zeit nach getrennte Handlung. Und noch 1230 machte Gregor IX. darauf aufmerksam[7]), daß die L. C. »in jure« vor sich gehe, was hier, da schon lange die früheren Handlungen im Jus vor den Judex gehörten, als eine technische Bezeichnung anzusehen ist.

[2]) Fr. Litigiosam rem. 1. §. 1. D. de litigiosis. (44. 6.)

[3]) Fr. Si a me. 11. D. de jud. (5. 1.)

[4]) Pro Q. Roscio comoed. c. 11. §. 32. In dem §. 5. Not. 1. angeführten c. 3. bespricht Cicero die Anmaßung des bestellten Judex, die Erwirkung einer zu strengen Klage zu rügen, und fügt der angeführten Stelle bei: »videte, quam iniquum sit, constituta jam re, judicem, quid agi potuerit, aut quid possit, non quid actum sit, quaerere.«

[5]) Gaj. IV. §. 83. Tit. 4. §. 15.

[6]) Fr. Ne quis. 1. §. 2. D. de feriis. (2. 12.)

[7]) C. un. X. de lit. cont. (2. 5.)

Ueber die äußere Form, in welcher sie geschah, berichtet Festus[8]: »Contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo, aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote.« Sie hat also von dieser Zeugenanrufung ihren Namen erhalten und bestand in der Erklärung beider Parteien vor dazu angerufenen Zeugen, und diese Erklärung bezog sich auf ihren Rechtsstreit, lis.

Vorerst nämlich heißt contestari nicht schlechthin ein Zeugenanrufen ohne Beziehung auf eine Handlung oder eine Aeußerung, auch nicht schlechthin ein Handeln oder Aeußern vor Andern, die es vernehmen können. Schon das Wort selbst führt es mit sich, daß an eine mit Bewußtsein von der Gegenwart Anderer als Zeugen und in der Absicht, daß sie Zeugniß geben sollen, zugleich auch von ihnen als des Zweckes ihrer Gegenwart, nicht lediglich zu vernehmen, sondern auch über das Vernommene Zeugniß abzulegen, sich bewußt, gesetzte Handlung oder Aeußerung zu denken ist. Von der Errichtung eines Testamentes sagt Ulpian[9]: »Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.« Ueber diese Kundgebung äußerte er weiter[10]: »Haeredes palam, ita ut exaudiri possint nuncupandi sunt«; über die Zeugen aber: »In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos, ad testandum non esse idoneos placet.« Eine ähnliche Kundgebung ist also auch unsere Contestation. Bei der Errichtung des Testamentes besteht sie in der Erklärung des Willens, wie er nach dem Tode Geltung haben soll, und zwar durch laute Bezeichnung des Erben. Die unserige muß demnach in einer Erklärung über die lis bestehen. Da sie sich nun auf keine der früheren Handlungen, auch nicht auf die Constitution des Judicii beziehen kann, sondern diese feierliche Erklärung selbst eine eigene und eigenthümliche Handlung ist, so muß sie einen eigenen und besondern Inhalt haben. Nach ihrer Benennung muß dieser die lis sein.

Das Wort lis nun bezeichnet einen Streit, das heißt, das Widerstandleisten des Einen gegen den Andern, hier insbesondere den gegenseitigen Widerspruch wegen eines Rechtes, oder einen Rechtsstreit, contro-

---

[8]) Fest. v. contestari.

[9]) Ulp. Regul. lib. XX. §. 1.

[10]) Fr. Haeredes. 18. pr. §. 1. D. qui testam. facere poss. (28. 1.)

[illegible]

[illegible] Begriff [illegible]: »cum non per

[illegible] 22 § 3. D. de inoff. test. (5. 2.): »Item si adrogavi eum, qui [illegible] de inofficioso testamento ejus, qui mihi legatum dedit, [illegible] filii, nec obtinuero.«

[illegible] 25. § 8. D. de aedil. edict. (21. 1.): »Sciendum est, haec [illegible] Aedilium, praestare eum debere, si ante judicium [illegible] habuisse ea enumerari, ut, si quid [illegible] contigisset, praestaretur: caeterum post judicium [illegible]. In judicio versatur .... Judici enim, statim atque [illegible] officium incumbit, quaecunque in judicio versantur: [illegible] contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint [illegible] injuncta.«

[illegible] C. de praescr. long. temp. (7. 33.): »... decennii praescriptionem, [illegible] contestationem haberi sufficit.« C. Praescriptionem [illegible] C. de except. (8. 36.): »Praescriptionem peremptoriam, quam [illegible] C. Siquidem. 9. C. eod: »... habita exceptione [illegible]

[illegible]

positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem sequutam contestatio litis fiat.« Hier ist unzweifelhaft petitio der bei der in Rede stehenden Handlung gedachte spezielle Vortrag des Klägers, und die responsio die spezielle Gegenerklärung des Verklagten. Die Glosse gibt dieses [15]) unter Berufung auf die herkömmliche Praxis näher so an: »Litis contestatio fieri debet interrogante judice, actore proponente suam actionem et reo respondente ad interrogationes judicis, ut mos est fieri.« Diesem schickt sie noch die Bemerkung vorauf: »Est autem litis contestatio negotii principalis hinc inde apud judicem facta narratio et secuta responsio, ut hic, sive negando sive confitendo . . . quod est ita intelligendum, ut fiat animo procedendi in causa et ea intentione directe ex proposito. Unde si aliquis proponet factum coram judice, non ea mente, ut litem contestetur, vel respondeat, salvo jure suo et sine praejudicio, non erit propterea litis contestatio facta.« Durantis gibt eine Formel nach der Praxis der römischen Gerichte so an [16]): »Si igitur in litis contestatione procedatur partibus coram judice constitutis, . . . surgat advocatus actoris et legat libellum actoris, cujus copiam reus habeat, quo lecto, petat a judice, ut reum respondere cogat . . . Quibus omnibus expeditis . . . actor dicat: »Domine judex, postulo, ut faciatis litem contestari super libello meo; et tunc judex quaerat ab actore: Petis tu, sicut lectum est, et credis juste petere?« Si dicit, quod sic, tunc reo praecipiat, ut respondeat et litem contestetur, et interrogat eum, an sint vera, vel credat, quae in libello continentur; reus vero respondeat.« Als Beispiele der Antwort sind angegeben: »Litem contestando nego narrata, prout narrantur, et dico, petita fieri non debere«; oder: »Litem contestando non credo in libello proposita«, oder: »nescio me teneri ad ea, quae in libello petuntur et narrantur.« Der Ausdruck petitio und petere kommt auch schon in den klassischen Stellen [17]), und daneben ebenfalls postulare und postula-

---

[15]) Gl. Ibid. v. responsiones.

[16]) Durand. lib. 2. part. 2. de lit. cont. §. 2. n. 8.

[17]) Fr. Dies. 4. §. 8. D. de damn. inf. (39. 2.): »Hoc autem judicium . . . si postulatum est . . . Postulare autem proprie hoc decimus, pro tribunali petere, non alibi.« Fr. Si rem. 31. §. 1. D. de novat. (46. 2.): » . . . unum judicium petentem, totam rem in litem deducere.«

tio[18]), auch dictare[19]) in Beziehung auf die L. C. vor. Hier ist also die Bezeichnung des Vortrages des Klägers nach dem bittenden Theile seines Inhaltes gewählt, und derselbe beschränkte sich nicht auf eine Bitte oder einen Antrag hinsichtlich einer Klagenbewilligung, sondern erstreckte sich auch auf den ganzen Umfang des Rechtes, das er gerichtlich suchte.

Unsere petitio und responsio sind also nicht einfach ein Antrag und eine Entgegnung darauf, um den Richter von dem Gegenstande zu unterrichten, damit er darüber ein Urtheil finde und entscheide, oder sie sind nicht Thätigkeiten des Beweisverfahrens, sondern sie sind solche gegenseitige Erklärungen über den streitigen Gegenstand, durch welche das eigenthümliche Rechtsverhältniß der L. C. unter der Auktorität und auf die Aufforderung des Inhabers der Jurisdiktion hervorgerufen werden soll. Beide sind mithin Kunstausdrücke, welche die Gesetzgebung in dem Sinne gebrauchte, in welchem sie vor den Gerichten gangbar waren, und sind nicht vage Bezeichnungen aus dem gewöhnlichen Leben. Hieraus kann mit Recht zurückgeschlossen werden, daß es mit den späteren Stellen des römischen Rechtes eine gleiche Bewandtniß habe. Ihnen sind die kanonischen Bezeichnungen wenigstens sehr ähnlich, und dazu kommt, daß sich die Glossatoren und Durantis bei ihren Erörterungen dieser Frage immer auf sie bezogen, sie also nach altem Herkommen im Sinne des kanonischen Rechtes aufgefaßt haben.

Der hier in Betracht zu ziehenden Stellen sind drei. Die wichtigste ist die älteste[20]). Sie schließt mit dem Satze: »Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.« Dafür, daß hier an eine Handlung nach schon konstituirtem Judicium zu denken sei, gibt sie nicht die leiseste Andeutung, sie schließt vielmehr ihren Satz über die

18) Fr. Servum. 33. §. 3. D. de procur. (3. 3.): ». . . cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit.« Fr. Sed et hae. 35. §. 2. D. eod Fr. Non alius. 24. §. 2. D. de jud. (5. 1.). §. 3. Not. 9.

19) Fr. Qua quisque. 1. §. 1. D. de edend. (2. 13.): ». . . Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album, et demonstret, quod dictaturus est.« Fr. Si servus. 22. §. 4. D. de nox. act. (9. 4.): ». . . utrum jurejurando id decidere, an judicium dictare . . . velit.« Fr. Cum quaerebatur. 13. §. 1. D. de judic. solvi. (46. 7.)

20) Die Not. 1. angeführte c. un. C. de lit. cont. (3. 9.) von 203: »Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim etc.«

L. C. an die Aeußerung über die ersten einleitenden Handlungen der Klagepostulation und der Klagenedition an, und berechtigt nur, an eine diesen folgende einleitende Handlung zu denken, keinesweges aber an eine Aenderung des bis dahin geltenden Prozeßganges. Bei unbefangener Erwägung der Sätze und ihrer Verbindung kann man in der Stelle nichts Anderes zu finden, als die Antwort auf den vorgetragenen Zweifel, ob nicht schon durch die einfache Postulation oder doch die Edition der Klage eine L. C. vor sich gegangen sei: „diese komme erst durch die narratio zu Stande." Die narratio ist also die Handlung, durch deren Vornahme die L. C. als vollzogen galt. In der zweiten angedeuteten Stelle[21]) nennt sie Justinian, 530, »narratio proposita et contradictio objecta.« Er schrieb den Advokaten einen nach der L. C. zu leistenden Eid vor und bestimmte: »Patroni autem causarum, qui utrique parti suum praestant auxilium, cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam in qualicunque judicio majore vel minore . . . juramentum praestent.« In der dritten[22]) schrieb er, 534, den Parteien den ebenfalls nach der L. C. zu leistenden Calumnieneid mit den Worten vor: »in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum, praestent, et ipsae principales personae subeant jusjurandum«, und bezeichnete die Handlung als die bekannte narratio in Begleitung der contradictio oder der responsio, wie der kanonische Prozeß sie als petitio und responsio kennt. Sie heißt dort von dem einen Theile des klägerischen Vortrages, der Darstellung des Rechtsverhältnisses, »negotii narratio«, und hier nach dem andern, dem bittenden Theile, »petitio«. Diese narratio darf daher nicht in dem gewöhnlichen Sinne von Erzählung, auch insbesondere nicht als eine Auseinandersetzung, um die Beweisaufnahme zu veranlassen, aufgefaßt werden, sondern sie ist die technische Bezeichnung der Handlung, die nach Gerichtsgebrauch von je her in der Absicht, das Verhältniß der Litiscontestation hervorzurufen, vor sich gehen mußte. Von der contestatio als Zeugenanrufung geschieht keine Meldung mehr. Daraus läßt sich entnehmen, daß sie entbehrlich geworden und abgekommen war, und aus

[21]) C. Rem non novam. 14. §. 1. C. de jud. (3. 1.)
[22]) C. Cum et judices. 2. pr. C. de jurej. propt. cal. (2. 59.)

der Anfrage, welche die Antwort in unserer ersten Stelle veranlaßte, läßt sich mit Recht schließen, daß sie schon so lange unterblieben war, daß Zweifel entstanden, mit welcher Prozeßhandlung denn eigentlich das wichtige Rechtsverhältniß bewirkt werde. Wichtig war dieses Verhältniß aus verschiedenen Gründen, die noch folgen müssen, insbesondere auch schon dadurch, daß damit der Prozeß begonnen, lis inchoata [23]), und res in judicium deducta [24]) war. Die narratio war ferner nicht lediglich ein Angeben des Rechtsverhältnisses und der damit gegebenen Ansprüche, sondern sie schloß auch den Antrag auf Ertheilung einer Klage und Bewilligung eines Judicii, petitio, postulatio, ein, welche postulatio nicht eine vorläufig und einfach andeutende, sondern eine von rechtlichen Folgen und in so fern eine förmliche oder feierliche war. Diesem Handeln auf der einen Seite stand andererseits der Einspruch des Verklagten sammt allen ihm zu Gebote stehenden Vertheidigungsmitteln gegenüber. Besondere Formen für diese Erklärungen sind nirgend angegeben. Sie werden immer als bekannt vorausgesetzt, doch nirgend als wesentlich angedeutet.

Der andere Theil des Satzes, nämlich: »cum judex . . . causam audire coeperit«, ist ebenfalls ein technischer Ausdruck und nicht die Angabe eines einfachen Kennenlernens durch gehörtes Erzählen. Denn unsere Stelle will einen gerichtlichen Vorgang bestimmen, durch welchen eine »res in judicium deducta videtur.« Sie setzt also voraus, daß noch kein judicium constitutum erwirkt sei, sondern daß es sich erst um ein »judicium constituendum« handele. Ein solcher Vorgang nun, erinnert sie, sei nicht die »postulatio simplex«, auch noch nicht die »actionis species ante judicium reo cognita«. Unter der postulatio simplex kann sie nicht die oben [25]) erwähnte postulatio als Antrag des Klägers bei Setzung der L. C., sondern nur eine historisch einleitende Erörterung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses verstehen, um den Inhaber der Jurisdiktion davon zu unterrichten, was Gegenstand und Zweck des Erscheinens beider Theile und der beabsichtigten Verhandlungen sei. Ueber die

---

[23]) Wie sich Justinian nach der herkömmlichen Weise ausdrückt. — Fr. Evictis 18. pr. D. de usur. et fruct. 22. 1.): ». . . quamvis emptor post dominii litem inchoatam.« Fr. Is autem. 12. D. ex quib. caus. maj. (4. 6.). Fr. Contra. 54. §. 1. D. de re jud. (42. 1.). Fr. Omnes. 26. D. de obl. et act. (44. 7.)

[24]) Wie sich unsere erste Stelle Not. 1. nach alter Weise ausdrückt. Fr. Cttundus. 18. D. comm. divid. (10. 3.): ». . . quia ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.«

[25]) Not. 18.

zweite Handlung gibt eine andere Stelle von dem nämlichen Jahre, von den nämlichen Kaisern und an dieselbe Person [26]) Folgendes an: »Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit aequitas«. Sie ist also der Vortrag der Klageformel, welche der Kläger zu erwirken Willens ist, und die der jus reddens nach Billigkeit bessern oder ändern kann, vor dem mithin auch dieser Vortrag geschehen muß. Durch die Mittheilungen bei jeder dieser Handlungen erfährt der anwesende Magistrat die ganze Angelegenheit und hört sie im gewöhnlichen Sinne des Wortes und thatsächlich; allein er hört sie nicht obrigkeitlich und als der Eröffnung rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit verleihend, auch hört er die Sache, negotium. noch nicht als eine bestimmte und concrete, zwischen den beiden Parteien streitige und gerichtlich zu entscheidende Sache, causa [27]). Das in Rede stehende audire ist aber die obrigkeitliche Betheiligung an den gegenseitigen Erklärungen durch auktoritatives Anhören, um die L. C. zu bewirken und darauf das Judicium zu constituiren [28]). Und diese Obrigkeit kann nur ein Magistrat, sei er ein höherer oder ein niederer, major vel minor. oder ein judex ordinarius. der Jurisdiktion mit seinem Amte und proprio nomine besitzt, und kann kein judex datus sein. Zu dem Gedanken an einen der letztern Art gibt die ganze Stelle keinen Anlaß. Nicht bloß die Constituirung des Judicii, sondern auch jede der andern berührten Handlungen, gehörte nicht zum Wirkungskreise des delegirten Richters, sondern dieser selbst ging erst aus ihnen hervor. Ein judex ohne Beisatz wird auch oft genug ein jus reddens vermöge seines Amtes genannt. In einer früher [29])

---

[26]) C. Edita actio. 3. C. de edendo. (2. 1.). Imp. Severus et Antoninus. Valenti. a. 203.

[27]) Cicero sagt de invent. I. c 6 von Hermagoras: »Causam esse dicit rem, quae habeat in se controversiam in dicendo positam cum personarum certarum interpositione,« und gibt als solche eine judicialis, eine deliberativa und eine demonstrativa an. Von quaestio hingegen heißt es: »Quaestionem autem eam appellat, quae habeat in se controversiam in dicendo positam, sine certarum personarum interpositione, ad hunc modum: ecquid sit bonum praeter honestatem.« Diese ist also eine Frage in abstracto. — Zum negotium verhält sich eine causa, wie die Spezies zum Genus. Quint. Instit. III. c. 5. §. 17: »Causa est negotium omnibus suis partibus spectans ad quaestionem; aut: causa est negotium, cujus finis est controversia.«

[28]) Wie es in Strafsachen vom Proconsul fr. Levia. 6. D. de accus. (48. 2.) heißt: »Levia crimina audire et discutere de plano Proconsulem oportet.«

[29]) B. 1. T. 1. §. 11. Not. 6.

ausgehobenen Constitution Gordian's von 239, heißt es von einem solchen schlechthin: »A judice judex delegatus judicis dandi potestatem non habet [30].« Unter dieser Benennung fallen alle Magistrate, nicht nur der Prätor oder Proconsul, und zwar für administrative Handlungen, wie für gerichtliche, die sie vermöge des ihnen zustehenden Imperium's [31]) vornehmen [32]). Eben dieses Umstandes wegen konnte die allgemein gehaltene Antwort nicht auf den Prätor etwa, oder auf den Proconsul, sondern sie mußte überhaupt auf einen Judex lauten, zu dessen Unterscheidung von dem delegirten Judex keine nähere Bestimmung zulässig war, schon weil es sich um Setzung einer L. C. und zur Einführung einer Sache in ein Judicium handelte.

Die römische L. C. ging also vor einem Magistrate vor sich, um eine gerichtliche Untersuchung zu erwirken, sie bestand in der Feststellung des Gegenstandes dieser Untersuchung durch die gegenseitigen Erklärungen der Parteien darüber auf Veranlassung des Magistrates und war im Wesentlichen ganz in Uebereinstimmung mit der des kanonischen Prozesses.

7. Stellt man den Inhalt der verschiedenen möglichen Klageformeln, durch deren Ertheilung das Judicium constituirt war [1]), mit dem Inhalte der gegenseitigen Aeußerungen der Parteien zusammen und bedenkt zugleich, daß sich der bestellte Judex innerhalb der Grenzen der ihm in der Formel ertheilten Weisung halten mußte [2]); so kann man nicht bezweifeln, daß die L. C. sowohl ihrem materiellen Inhalte nach, als in so fern sie sich auf den ernannten Judex bezog, die Grundlage von der bewilligten Klage ausmachte und daß sie eine unerläßliche Bedingung der Klageertheilung und damit der Constituirung das Judicii

---

[30]) C. A judice. 5. C. de jud. (3. 1.)

[31]) B. 1. T. 1. §. 5. Not. 5—10.

[32]) Fr. Nonnunquam. 32. pr. D. de adopt. et emancip. (1. 7.): ». . . si pubes factus emancipari desideret, idque ... per judicem statuendum erit.« Fr. Nam salutem. 3. D. de off. Praef. Vigil. (1. 15.): §. 1. »Cognoscit Praefectus Vigilum de incendiariis . . . §. 5: »Adversus capsarios quoque . . judex est constitutus.« Fr. Si se. 1. D. de jud. (5. 1.): »Si se subjiciant aliqui jurisdictioni . . . cujusvis judicis, qui tribunali praeest . . .« Fr. Non distinguendum. 32. §. 7. D. de recept. qui arbit. (4. 8.): ». . . favor libertatis est, ut majores judices habere debeat.« Fr. Ex omnibus. 10. Fr. Omnia. 11. D. de off. Praes. (1. 18.). Fr. Voluit. 4. §. 1. D. de interr. (11. 1.). §. 2. Not. 1. Fr. Non est. 23. §. 2. D. quod met. c. (4. 2.)

[1]) §. 3.

[2]) §. 6. Not. 12.

war. Und hieraus werden verschiedene Ausdrücke klar, die sich auf sie und auf ihre Wirkungen beziehen.

Zuerst kommt hier das »judicium accipere« in Betracht, welches nach Festus [3]) der Zeugenanrufung voraufging. Das judicium accipere kann einen doppelten Sinn haben, einen passiven und einen aktiven, als empfangen und als annehmen. Wird dem Kläger die erbetene Klage bewilligt, so erhält er sie, accipit, und ist dabei der Ertheilung gegenüber passiv [4]). Allein er kann auch Bedenken tragen, die etwa gegen seinen Wunsch nach den Anträgen des andern Theiles geänderte Klage anzunehmen, so, daß er dazu gezwungen werden muß [5]): und dann muß er sie sich gefallen lassen und sie annehmen. Der Verklagte wird in der Regel in der Lage sein, daß er sie sich gefallen läßt [6]), accipit, auch suscipit [7]), excipit [8]). Dieses Erhalten oder Annehmen war keine besondere Handlung für sich. Das Annehmen konnte zwar ausdrücklich erklärt werden, doch lag die Erklärung stillschweigend schon in der Vornahme der L. C. War eine Nöthigung dazu erforderlich, so mußte sie der L. C. voraufgehen. So setzte denn diese die Annahme immer voraus. Daher ist das judicium accipere gleichbedeutend mit L. C. [9]), und daher kommt statt litem contestari, auch judicium contestari [10]) und actiones contestari [11]) vor,

---

[3]) §. 4. Not. 8.

[4]) Fr. Si plurium. 39. §. 4. D. de noxal. act. (9. 4.): »Sed et mortuo servo, antequam judicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus.« Hier ist der durch den Sklaven Beschädigte der Kläger. Fr. Redhibere. 21. §. 2. D. de aedil. edict. (21. 1.): » . . . si ejus servi nomine, quid redhibetur, emptor procuratore ejus judicium accepit.« Der Käufer erhielt die actio redhibitoria.

[5]) Fr. Interdum. 5. D. quod fals. tut. (27. 6.): » . . . si a Praetore compulsus est ad judicium accipiendum.« Der Kläger nämlich einem falsus tutor gegenüber.

[6]) Fr. Si reus. 73. D. de procurat. (3. 3.): » . . . cogi eum judicium accipere.« Fr. Titius. 76. D. eod. Fr. Is, cum quo. 7. pr. D. de aqu. et aq. pluv. (39. 3.)

[7]) Fr. Cum haereditas. 49. pr. D. ad SC. Turp. (36. 1.): » . . . haeres judicium suscipere cogitur.« Fr. Si quis. 7. §. 1. D. de haered. petit. (5. 3.)

[8]) Fr. Ratio. 2. in f. C. de haered. et act. vend. (4. 39.): » . . . excipere tamen actiones haereditarias invitus cogi non potest.«

[9]) Fr. Depositum. 1. §. 21. D. depos. (16. 3.). Fr. Litigiosam. 1. §. 1. D. de litig. (44. 6.)

[10]) Fr. Si quis. 7. §. 1. D. de haered. petit. (5. 3.). Fr. Si mulier. 19. D. solut. matr. (24. 3.)

[11]) §. Non autem. 1. in f. J. de perp. et temp. act. (4. 12.)

wie Cicero dafür constituere rem [12]) gebrauchte. Eine gleichbedeutende Bezeichnung ist ferner: litem ordinare, oder rem, causam ordinare [13]).

8. Der Ausdruck: lis inchoata, ist schon erwähnt worden [1]); dafür wird auch actio inchoata [2]), und judicium inchoatum [3]), gebraucht. Hier ist seine Bedeutung eingehender zu erwägen. — Durch die gegenseitigen, unter Betheiligung der höchsten Rechtsauktorität abgegebenen Erklärungen der Unterwerfung ihrer Sache unter die gerichtliche Entscheidung durch einen bestimmten Judex sind die Parteien nach dem römischen Rechte persönlich und mit ihrer Sache in ein neues Verhältniß getreten: sie sind mit ihrer Sache in einen Prozeß verflochten und dadurch zugleich mit ihr an ein bestimmtes Judicium gewiesen und mit ihm in rechtliche Verbindung gesetzt. Die Eintretung in dieses Verhältniß ist der erste Schritt in dem Prozesse, der prozessualistisch sowohl, als für sie persönlich und für die Sache wichtige Rechtsfolgen hat.

Weil die Litiscontestation als der erste Schritt in dem Prozesse gilt, so sind

1) alle frühern Handlungen im Jus und vor demselben nur vorbereitende und ohne Einfluß auf das streitige Rechtsverhältniß und auf den angetretenen Prozeß. Da ferner mit ihr das Judicium begonnen ist, so können
2) dasselbe hindernde und verschiebende Gründe, die dilatorischen Exceptionen, nicht mehr geltend gemacht werden [4]), und eben so wenig ist
3) eine Gegenklage [5]) später zuläßig. Das Nämliche gilt
4) von der Prorogation, wofern durch sie eine Sache an denselben delegirten Judex übergehen soll [6]). — Das Judicium ist nun aber so begonnen, daß es nicht mehr ohne den Magistrat abgeändert werden und ein anderer Judex eintreten kann, daher die Sache

---

12) §. 6. Not. 4.

13) Fr. Papinianus. 8. §. 1. D. de inoff. test. (5. 2.). Fr. Ordinata. 24. pr. §§. 1. 2. 3. D. de liber. caus. (40. 12.)

1) §. 6. Not. 23.

2) Fr. Eum, qui. 21. pr. D. de inoff. test. (5. 2.)

3) Fr. Si fraudator. 25. §. 4. D. si in fraud. cred. (42. 8.)

4) B. 1. Tit. 6. §. 5. Not. 1. 3.

5) B. 1. Tit. 2. §. 27. Nov. 96. c. 21. §. 1: »Sancimus igitur, ... eum ... mox a principio convenire.«

6) B. 1. Tit. 2. §. 23. Not. 10. 11.

vor dem bestellten entschieden werden muß, und vor ihm anhängig bleibt, das heißt, es ist

5) Litispendenz bewirkt, und damit zugleich

6) die Prävention [7]). Eine andere wichtige Folge ist der L. C. darin beigelegt, daß sie

7) die Klageverjährung unterbricht [8]). Was die Verhandlungen vor dem bestellten Judex angeht, so können sie nur nach erfolgter Constituirung des Judicii durch Ausfertigung der Klageformel, diese selbst aber erst nach der L. C. geschehen, weshalb denn die gerichtliche Untersuchung ohne diese nicht möglich war. Und daher ist noch jetzt

8) die L. C. die unerläßliche Bedingung eines gültigen gerichtlichen Verfahrens [9]).

Die erwähnte Unabänderlichkeit des Streites tritt aber nicht allein in Beziehung auf den Judex, sondern auch

9) hinsichtlich des Streitinhaltes und der Klage für beide Theile so ein, daß weder der Kläger noch auch der Verklagte [10]) von dem Festgestellten abweichen kann. Daher kann eine Mehrforderung jenem nachtheilig werden [11]), und wenn er von mehren zuständigen Klagen die eine erhalten [12]), oder seine Klage, wo er unter

---

[7]) Ibid. §§. 29. 30.

[8]) Fr. Nam, postea. 9. §. 3. D. de jurej. (12. 2.): »... post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio« Fr. Haeredes. 8. §. 1. in f. D. de fidejussor. (27. 7.): »... litis contestatione et poenales actiones transferuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.« Fr. Omnes. 139. pr. D. de R. J. (50. 17.): »Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae in judicio salvae permanent.« C. Saepe. 9. C. de praescr. XXX. vel XL. ann. (7. 39.). C. Super annali. 1. §. 1. C. de annali except. (7. 40.)

[9]) C. Dudum. 54. §. 3. D. de elect. (1. 6.): »... quia tamen contestationem litis non invenimus esse factam, ... eundem processum ... irritum duximus nuntiandum.« C. Exhibita. 19. X. de jud. (2. 1.): »... pervertendo juris ordinem, de praemiseis exceptionibus et principali negotio ... inquirere intendentes, et procedentes etiam ad receptiouem testium, lite nondum super eodem negotio contestata.« C. un. X. de lit. cont. (2. 5.). C. Ad haec. 1. C. Accedens. 2. C. Accedens. 4. C Quoniam. 5. X. ut lit. n. cont. (2. 6.)

[10]) Fr. Electo. 28. 5. D. de nox. act. (9. 4.)

[11]) §. Si quis. 33. J. de action. (4. 6)

[12]) Fr. Si is, qui. 18. D. de obl. et act. (44. 7.). C. Liberum. 16. C. de fidejuss. (8. 41.)

mehren Gegenständen oder Forderungen wählen konnte, auf einen davon stellte [13]), nicht weiter wechseln kann.

Das Rechtsverhältniß selbst aber ist durch die L. C. so in das Judicium eingeführt, daß

10) dem Kläger Alles geleistet werden muß, omnis causa, was er hätte haben können, wenn das Beanspruchte ihm zur Zeit derselben gewährt worden wäre, indem der Verklagte durch sie für Verzögerung, mora, verantwortlich wird, und daß

11) Der streitige Gegenstand, res. in Streit verfangen, litigiosa. und damit unveräußerlich geworden ist [15]), und

12) der Verklagte, wenn er sich in dessen Besitze befindet, von der L. C. ab Besitzer in bösem Glauben wird [16]), durch sie mithin

13) auch die erwerbende Verjährung unterbrochen wird [17]).

Das durch die L. C. bewirkte neue Verhältniß geht endlich

14) immer auch auf die beiderseitigen Erben über [18]), transmissio activa und passiva, und das so, daß selbst Klagen, welche sonst von diesem Uebergange ausgeschlossen waren, nicht ausgenommen sind [19]).

9. An den besprochenen Verhandlungen gingen unter den Kaisern, vom Ende des dritten Jahrhunderts an, drei erhebliche Aenderungen vor sich. Die eine betraf, 294, die bis dahin geltend gebliebene Regel der Trennung der Handlungen vor dem Jus von denen im Judicium. Diokletian und Maximilian hoben sie auf und ordneten an, daß die Magistrate selbst untersuchen und entscheiden sollten und nur ausnahmsweise

---

13) Fr. Si Titius. 9. D. de verb. obl. (45. 1.). Fr. Si quis stipulatus. 57. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

14) Fr. Illud quoque. 40. pr. D. de haered. petit. (5. 3.). Fr. Julianus. 17. §. 1. Fr. Praeterea. 20. D. de rei vind. (6. 1.). Fr. Cum fundus. 31. pr. D. de reb. cred. (12. 1.)

15) Fr. Litigiosam. 1. §. 1. D. de litigios. (44. 6.). C. Lite pendente. 2. C. eod. (8. 27.)

16) Fr. Sed etsi. 25. §. 7. D. de haered. petit. (5. 3.)

17) C. Nemo. 10. C. de acquir. poss. (7. 32.). C. Longi. 2. C. Nec bona. 10. C. de praescr. long. temp. (7. 33.)

18) Fr. Sciendum est. 33. D. de obl. et act. (44. 7.): »Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas et in haeredem similesque personas transire.«

19) Fr. Omnes. 26. D. eod: »Omnes poenales actiones post litem contestatam et ad haeredes transeunt.« Fr. Poenalia. 164. D. de R. J. § Non autem. 1. J. de perp. et temp. act. (4. 12.). C. un. C. de delict. defunct. (4. 17.)

Judices delegiren durften. Die hier einschlägige Stelle der Constitution [1]) lautet so: »Placet nobis, Praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen, ut si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem.« Die nächste Folge dieser Verbindung der Verhandlungen in den zwei Abtheilungen war, daß von da ab der untersuchende und entscheidende Richter in der Regel ein Magistrat und der Besitzer einer eigenen Jurisdiktion war. Diese Verbindung war indessen nur eine persönliche, nicht eine sachliche. Die Handlungen auf den beiden Stufen gingen nur vor dem nämlichen Beamten vor sich, sie wurden selbst in ihrer Aufeinanderfolge nicht gestört und nicht vermengt, sondern blieben getrennt. Und so wurde bei ihrer Vornahme der hergebrachte Gang und die übliche Weise nicht geändert.

Die zweite Aenderung bezog sich, 342, auf die Formeln. Constantin erließ darüber das Verbot [2]) »Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.« Hierdurch war das Einengende, das der Gebrauch der Formeln mit sich führte, beseitigt und den Verhandlungen eine freiere, der jedesmaligen Lage der Sache mehr angemessene Bewegung ermöglicht; dabei wurde jedoch das auf dem alten Gebrauche der Formeln beruhende und praktisch geltend gebliebene Recht streng beachtet.

Eine weitere Aenderung von Einfluß war die Einführung der Klagen durch ein eigenes Schriftstück, libellus conventionis [3]), und die Ausdehnung der schriftlichen Verhandlungen mit Beschränkung der mündlichen.

---

[1]) C. Placet. 2. C. de pedan. judic. (3. 3.)

[2]) C. Juris formulae. 1. C. de form. (2. 58.)

[3]) C. Si ex multis. 3. C. de annal. except. (7. 40.). §. Tripli. 24. J. de act. (4. 6.). Nov. 96. c. 2.

Zweiter Titel.

Einleitende Handlungen im neuern Prozesse.

1. Eine Folge der in Kürze angegebenen Veränderungen des Verfahrens ist der jetzige Gebrauch, die gerichtlichen Verhandlungen mit einer Klageschrift, libellus conventionis[1]), zu eröffnen. Ihre Einreichung unmittelbar an den ordentlichen Richter, ordinarius, ist der erste Schritt Seitens des Klägers, und ihr folgen die in dem vorigen Titel besprochenen Handlungen im Jus bis zur Litiscontestation einschließlich, darauf dann beginnen vor dem nämlichen Ordinarius in einem zweiten Abschnitte die Handlungen im Judicium, von der Beweisführung an bis zur Publikation des Spruches.

Außer jenen einleitenden Handlungen sind noch andere, mit ihnen in naher Verbindung stehende Fragen, als namentlich, was und wie vielerlei die Klage, actio, sei, wer der Klageberechtigte und der Verpflichtete sei, und wie sich Jeder könne vertreten lassen, zu erledigen, deren Besprechung füglicher dem ersten Abschnitte in seinem formellen Inhalte angeschlossen wird.

2. Die Klageschrift wird libellus conventionis genannt, wie die Anklageschrift libellus accusationis heißt; convenire aber bezeichnet nicht bloß ein gerichtliches Belangen und Vorladen[1]), sondern auch ein gerichtliches Verhandeln, agere, zur Entscheidung des Rechtsstreites[2]). Wir nennen sie nach ihrem Inhalte Klageschrift, auch Klage, wie die gerichtliche Verfolgung eines Rechtes, actio, ebenfalls querela[3]), genannt wird, die, wie Klage, der Ausdruck einer schmerzlichen Empfindung ist. Sie ist ihrem

---

[1]) C. Dilecti. 3. X. de libell. oblat. (2. 3.)

[1]) Paul. V. 5. a. §. 7: »... trina denuntiatione conventus, nisi ad judicem ... cujus literis conventus est, venerit.« Als Vorladungsschrift steht lib. conventionis in c. Qui semel. 4. pr. C. de in jus voc. (2. 2.), in c. Si ex multis 3. C. de ann. except. (7. 40.). in Nov. 53. c. 3. pr. und Nov. 112. c. 2.

[2]) C. In rebus. 2. C. qui legit. person. stand. (3. 6.): »... pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest.« Fr. Si dominus. 17. §. 1. Fr. Sed et si. 18. D. ad leg. Aquil. (9. 2.): »aquilia agere« und »aquilia conveniri.« Fr. Si filia. 20. §. 3. Fr. His consequenter. 18. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.) Fr. Si filia. 20. §. 2. D. eod. pr. J. de V. O (3. 16.)

[3]) Fr. Divortio. 35. pr. D. de neg. gest. (3. 5.): »... negotiorum gestorum actio ... Sed ... ita querelae locus sit.«

Hauptinhalte nach der schriftliche, an den Richter gerichtete Vortrag über das verletzte Recht mit der Bitte um gerichtliche Hülfe und im ordentlichen Verfahren, dem es hier gilt, nicht allein, was im alten römischen Prozesse die Klageedition an den Verklagten [4]), sondern auch die einfache Bitte, postulatio simplex [5]), um Ertheilung der Klageformel vor dem Magistrate gewesen ist, mithin unerläßlich [6]). Die Glosse nennt sie den Anfang und die Grundlage des Prozesses, principium et fundamentum causae, und stellt sie als einen Hauptheil desselben neben die Litiscontestation und den Urtheilsspruch [7]). Als Anfang wird die Klageschrift mit Recht in so fern angesehen, als sie einerseits, wie bemerkt, der erste gerichtliche Schritt des Klägers in der Sache ist, und andererseits den Richter zum gerichtlichen Handeln verpflichtet und so mittelbar die übrigen Handlungen veranlaßt; die Grundlage aber bildet sie in so fern, als sie zur Feststellung des Streitobjektes durch die Litiscontestation führt und diese auch, wie sich oben zeigte [8]), unter Hinweisung auf sie vor sich gehen kann. — Wer die richterliche Hülfe nachsucht ist der Kläger, actor, und gegen den sie nachgesucht wird, der Verklagte, reus [9]).

9. Aus dem Bemerkten ergibt sich, was die Klageschrift enthalten muß, immer nämlich den Ausdruck des Anspruches des Klägers, intentio, mit Bezeichnung des Gegenstandes, um den es sich handelt [1]), und im Allgemeinen den Rechtsgrund unter Angabe der Verhältnisse und Umstände,

---

[4]) Tit. 1. §. 2. Not. 4.

[5]) Ibid. §§. 4. 6. Not. 25.

[6]) Die Unerläßlichkeit erklärt das c. Ignarus. 1. X. de lib. obl. (2. 3.) in den Worten: »... oportet vos ... reclamationem vestram libelli serie declarare.« Die Stelle selbst bezieht sich ursprünglich nur auf eine Anklage, allein schon ihre Aufnahme in die Lehre über den Civil-Prozeß zeigt, daß sie auch auf ihn anwendbar sei. In diesem Sinne ist sie denn auch in der Ueberschrift: »Actor tenetur in scriptis libellum porrigere« und: »Judex non debet admittere actorem ad litigandum, nisi prius libellum in scriptis offerat,« aufgefaßt. Die Glosse lehrt darüber ibid. v. libellum: »... Sed numquid libelli oblatio est de substantia ordinis judiciarii? Videtur, quod sic.«

[7]) Gl. ibid.: »... Ista enim principalia sunt: libellus, qui est principium et fundamentum causae, litis contestatio, et quod sententia feratur.«

[8]) Tit. 1. §. 6. Not. 16.

[9]) Cic. de orator. II. c. 43. §. 183: »Reos autem appello, non modo eos, qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur.« Fr. Ex hoc edicto. 3 pr. D. de eo, per quem fact. erit. (2. 10.). Fr. Ait Praetor. 3. pr. D. de jurej. (2. 12.)

[1]) Fr. Idem. 5. §. 4. Fr. Si rem. 6. D. de rei vind. (6. 1.). C. Examinata. 15. X. de jud. (2. 1.). C. Significantibus. 2. X. de lib. obl. (2. 3.)

aus denen die Ansprüche entsprangen [2]), demonstratio. Daß außer dem Kläger auch der Verklagte und der angerufene Richter, nebst Ort und Zeit müssen angegeben werden, folgt aus der Natur des Gesuches [3]). In Betreff der Form ist bloß erforderlich, daß der Vortrag vom Kläger selbst, nicht von dessen dazu bestelltem Vertreter, geschieht [4]). Eine besondere Frage ist nur noch, ob der Rechtsgrund, causa actionis, immer angegeben werden müsse.

4. Von Klagen wegen eines Realrechtes ist das behauptete Eigenthumsrecht der nächste Grund, causa proxima, von diesem Rechte selbst ist es die Erwerbart, und von der Klage ist diese der entfernte Grund, causa remota; mit der Klage ist daher auch zugleich schon ihr nächster Grund in dem behaupteten Realanspruche angegeben [1]). Zu einem tieferen Eingehen jetzt schon besteht dem Verklagten gegenüber keine Verpflichtung; ob es indessen für den Kläger räthlich wäre, müßte aus seinem Interesse entnommen werden. Ginge nämlich die Angabe des fernern Grundes in die Litiscontestation über, so könnte sie dann nachtheilig werden, wenn sie sich als unwahr erwiese, indem die Verurtheilung erfolgen müßte, wogegen der nicht angegebene fernere Grund nicht Gegenstand des Spruches werden könnte, weil er nicht Gegenstand des Prozesses geworden wäre, in judicium deducta, so, daß er einen andern Grund nur wieder durch eine neue Klage geltend machen könnte [2]). Wäre außerdem bei Anhebung des Streites ein fernerer Grund noch nicht vorhanden gewesen, wohl aber einer vor dem Spruche eingetreten, so müßte dieser zu Gun-

---

[2]) C. Dilecti. 3. X. de lib. obl. (2. 3.). Gl. ibid. v. Quare sibi. und zu c. Significantibus. 2. X. eod. v. Significantibus.

[3]) Die Glosse stellt zu c. Ignarus. 1. X. eod. v. libellum. die meisten Erforderniße so zusammen:

»Quis, quid, coram quo, quo jure petatur et a quo,
Recte compositus quisque libellus habet.«

[4]) C. Pastoralis. 14. X. de jud. (2. 1.): ». . . principales personae non per advocatos, sed per se ipsas factum proponant.« Gl. ibid. v. factum.

[1]) Fr. Cum de hoc. 27. D. de except. rei jud. (44. 2.): ». . . Spectanda sunt . . . . causa proxima actionis, nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset.« Gl. zu c. Significantibus. 2. X. de lib. obl. (2. 3.) v. significantibus: ». . . Et licet in casu isto debeat quis specificare rem et ipsam designare, ut est dictum, causam tamen exprimere non tenetur in libello. Causa enim expressa est in eo ipso, quod proponit rei vindicationem.«

[2]) Gl. cit. v. Significantibus: ». . . cum agitur rei vindicatione, quod si aliquis subjicit unam causam in libello et succumbit, potest adhuc eandem rem petere ex alia causa, non obstante exceptione rei judicatae.«

sten des Klägers ausfallen [3]), wenn er keinen ferneren Grund angegeben hätte. Hingegen hat die Uebergehung eines ferneren Grundes die Gefahr, den verlorenen Streit nicht wieder aus einem andern Grunde anheben zu können. Denn dann sind in demselben alle Gründe aufgenommen, und es kann gegen einen neuen die Einrede des ergangenen Spruches, exc. rei judicatae, mit Erfolg vorgebracht werden [4]).

Von den Klagen auf eine Leistung ist eine Forderung der nächste Grund; da nun eine solche sowohl aus Delikten, als aus Verträgen entspringen kann, so wäre, wenn nicht der fernere Grund in ihrem Ursprunge angegeben würde, der Verklagte nicht in den Stand gesetzt, zu erwägen, ob er dem Streite ausweichen, oder ihn eingehen solle, daher berechtigt, vor der Einlassung die Angabe des Verpflichtungsgrundes zu fordern [5]). Einen weiteren Einfluß hätte die Nichtangabe auch hier nicht [6]).

Aus dem Angegebenen erhellet, was in diesem Punkte bei Klagen auf ein dingliches Recht und auf eine Leistung zugleich zu beachten ist.

5. Da mit der Uebergabe der Klageschrift der Prozeß wenigstens faktisch beginnt und von ihr abhängig ist, sie auch noch auf andere Rechte von Einfluß sein kann; so muß der Richter die Zeit ihres Einganges vermerken und ihn damit amtlich bescheinigen, die Schrift selber aber nach Inhalt und Form prüfen. Diese Prüfung bezieht sich besonders auf die ihm zustehende Competenz in der Sache, auf die Zulässigkeit der Klage an sich [1]), oder aber Seitens des Klägers, oder dem ange-

[3]) Fr. Quaesitum est. 30. pr. D. de pecul. (15. 1.). Fr. Si mater. 11. §. 4. D. de exc. rei jud. (44. 2.). C. Abbate. 3. de sent. et re jud. in 6. (2. 14.): »... prudenter attendit. ... intentionem ... actoris ex iis, quae post litis contestationem accident, posse fundari, eaque debere in judicium devenire, tunc locum habere ... quando ex certa et expressa causa specialiter non est actum.«

[4]) Gl. cit. v. Significantibus: »... Si vero nullam causam expressit, tunc totum jus suum in judicium deduxisse videtur, unde obstabit ei exceptio rei judicatae, si absolvitur reus, quia actor non probavit.« Fr. Si mater. 11. §. 2. Fr. Et an eadem. 14. §. 2. Fr. Cum de hac. 27. D. de exc. rei jud. (44. 2.)

[5]) C. Dilecti. 3. X. de lib. obl. (2. 3.): »... cum ... nollent exprimere in porrecto libello conventionali, quare sibi dicta pecunia deberetur, super hoc minime respondere tenebatur.«

[6]) C. Si ex multis. 3. C. de ann. exc. (7. 40.): »... qui ... libellum conventionis ei transmiserit, ... nullius causae mentionem habentem ... nihilominus videri, jus suum omne eum in judicium deduxisse.«

[1]) Wie in fr. Veluti. 27. pr. D. de verb. obl. (45. 1.): »Veluti si quis homicidium ... se facturum promittat. Sed et ex officio quoque Praetoris continetur, ex hujusmodi obligationibus actionem denegari.«

gebenen Verklagten gegenüber, also auf die Legitimation der Parteien[2]) oder ihrer Vertreter[3]), ferner auf den gestellten Antrag, der an sich unpassend[4]), oder zu unbestimmt[5]) sein kann, außerdem auf die etwa unbestimmte, dunkele oder auch beleidigende Abfassung. Je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung wird die Klage abgewiesen, oder die Schrift zur bessern Abfassung zurückgegeben, oder werden die weiteren gerichtlichen Handlungen verfügt.

6. Erwähnung verdient hier noch die besondere Wirkung der Klageschrift, daß ihre Uebergabe an den Richter unter Umständen jede Verjährung unterbricht. Diese Wirkung hat sie nämlich alsdann, wenn der Klageberechtigte wegen Abwesenheit, wegen der Kindheit oder der Erkrankung des andern Theiles, ohne daß für diesen ein Tutor oder Curator besteht, die Litiscontestation nicht vornehmen kann[1]).

7. Nach der Prüfung der Klageschrift beschließt und erläßt der Richter die Vorladung. Ueber Inhalt und Form derselben ist das Allgemeine früher[1]) angegeben worden und ist darüber nun noch das Besondere dabei zu bemerken. Sie ist nämlich an und für sich nur die alte Denuntiation durch den Kläger und dessen Klageedition an den Verklagten, und die mit ihr vorgegangene Aenderung berührte diese Seite an ihr nicht, sondern legte ihr nur zur Erleichterung und Sicherung des Prozesses einen amtlichen Charakter bei. Daher muß sie denn Alles enthalten, was nöthig ist, den Verklagten über die Sache so zu unterrichten, daß er sich entweder zur Befriedigung des Klägers oder zum Einlassen in den Prozeß entschließen kann, oder ihr muß, was das Einfachste und Ueblichste ist, die Klageschrift abschriftlich beigefügt werden[2]). Beim

---

[2]) C. Causam. 9. X. de jud. (2. 1.)

[3]) C. Accedens. 10. X. de procur. (1. 38.)

[4]) C. Examinata. 15. X. de jud. (2. 1.)

[5]) C. Dilecti. 3. X. de lib. obl. §. 4. Not. 5.

[1]) C. Sancimus. 31. C. de episc. audient. (1. 4.), bei Grat. par. 8. §. 5. zu c. Placuit. 15. C. 16. Q. 3. Die Bestimmung kehrt im Wesentlichen wieder in c. Ut perfectius. 2. C. de annal. exc. (7. 40.). Gl. zu c. Illud autem 1. X. de praescr. (2. 26.) v. interruptio.

[1]) B. 1. Tit. 6. §. 3.

[2]) In der c. Si ex multis. 3. C. de ann. exc. (7. 40.) wird diese Mittheilung in dem Satze: »si obnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit,« wie die Citation als vom Kläger ausgegangen vorausgesetzt, in c. Praeterea. 2. §. 1. X. de dilatio. (2. 8.) als vom Richter ausgegangen in dem Satze: »reo ad judicium legitime convocato, si ex rescripto sibi transmisso potuit instrui super eo, de quo in judicio convenitur, induciae debe-

mündlichen Verfahren lautete die Aufforderung auf das Erscheinen vor Gericht an einem bestimmten Termine, bei dem jetzt üblichen schriftlichen hingegen lautet sie auf eine Erklärung binnen einer bestimmten Frist, induciae deliberatoriae, dilatio citatoria. Die Bestimmung der Dauer dieser Frist ist dem richterlichen Ermessen nach dem Gegenstande und den Umständen überlassen[3]). Die Frist soll in der Regel nicht erweitert werden[4]), doch sind je nach Befinden, causa cognita, Ausnahmen zulässig[5]).

8. Durch die Citation ist der Richter eines Theiles nach beiden Seiten hin, gegen den Kläger durch die Annahme der Klage und die Verfügung der Ladung, gegen den Verklagten durch die erlassene Vorladung, sich gerichtlich über die Sache zu erklären, auktoritativ thätig geworden, jurisdictione uti coepit, und andern Theils ist der Verklagte gegen ihn und gegen den Kläger in Beziehung auf die Streitsache in ein rechtliches Pflichtverhältniß versetzt und in einen Rechtsnexus gebracht. In so fern ist also der Streit schon begonnen, negotium quasi coeptum, wenn auch noch nicht so, wie es durch die Litiscontestation geschieht. Hieraus begreift sich, daß der Citation mehrere Wirkungen der letzteren beigelegt werden konnten. Ihre Wirkungen nun sind folgende:

1) Die delegirte Jurisdiktion geht vermöge ihres Gebrauches auf den Delegirten so über, daß sie nicht mehr widerrufen werden kann, nicht mehr durch den Tod des Deleganten erlischt oder gehindert[1]),

---

ratoriae non sunt ulterius indulgendae.« Das hier Mitgetheilte ist das »rescriptum apostolicum,« das den Gegenstand des Prozesses mit der Instruktion für den delegirten Richter vollständig bezeichnete.

[3]) Die gesetzliche Frist von 20 Tagen nach Nov. 53. c. 3. §. 1. Nov. 96. c. 2. §. 1. Grat. pr. 3. §. 5. zu c. Induciae. 4. C. 3. Q. 3. ist im kanonischen Prozesse nicht üblich. Durand. lib. 2. part. 1. de citat. §. 2. n. 4. C. Dilecti. 1. X. eod: »... quia non spectat ad juris ordinem, diem peremptorium, maxime cum de rebus ecclesiasticis agitur, nisi forte necessitate urgente, taliter maturare.« Gl. ibid. v. nimis brevem: »Sed quem terminum dicis nimis brevem, cum hic non exprimatur, quot dierum terminum judices statuerunt? Haec relinquo arbitrio judicis inspecta qualitate negotii et locorum distantia.«

[4]) C. Praeterea. 2. §. 1. X. de dilat. Not. 1. Gl. ibid. v. plene potuit: »... si tunc per litteras vel libellum plene instrui potuit, non debet alias inducias deliberatorias habere, nisi forte ad quaerendum advocatum.«

[5]) Gl. ibid: »... secunda et tertia (dilatio) danda non est, nisi causa cognita.«

[1]) B. 1. Tit. 1. §§. 19. 20.

auch nicht mehr durch die Appellation an den Delegaten suspendirt wird[2]; es wird

2) Litispendenz, wie durch die Litiscontestation, und
3) Prävention bewirkt[3], die Sache wird
4) litigiös und unveräußerlich[4], und der Besitzer einer Sache hört
5) auf, Besitzer in gutem Glauben zu sein, und
6) die erwerbende Verjährung wird unterbrochen, weil der Besitzer von der Bekämpfung seines Rechtes Kenntniß erhält und die Sache litigiös geworden ist[5], wie ebenfalls
7) die Klageverjährung unterbrochen wird[6].

9. Die Antwort des Verklagten, die Exceptionsschrift, muß, wenn sie gehörig abgefaßt ist, dasjenige enthalten, was er, wenn er persönlich vor dem Richter stünde, vorbringen würde, oder vorbringen müßte. Und das könnte die Ablehnung der gerichtlichen Untersuchung bezwecken, oder die erhobene Klage selbst betreffen. Der erste Theil müßte demnach die ihm zu Gebote stehenden dilatorischen Einreden, unter diesen aber an erster Stelle die forideklinatorischen, die gegen die richterliche Competenz gerichteten[1]) und die rekusatorischen, aus dem Verdachte gegen den Richter abgeleiteten[2]), enthalten, da von ihrer Erledigung die Gültigkeit aller fer-

²) C. Meminimus. 9. C. Ad haec. 30. X. de appell. (2. 28.)

³) Oben Tit. 1. §. 8. 5. 6. — C. Qui semel. 4. §. 1. C. de in jus voc. (2. 2.): »Qui libellum accepit, etiam si ad aliud officium translatus sit, miles forte, vel clericus factus, respondeat omnino in primo foro.« C. Proposuisti. 19. X. de foro comp. (2. 2.): ». . . quasi ab altero praeventus.« Vgl. B. 1. Tit. 2. §. 29. Not. 2.

⁴) Oben Tit. 1. §. 8. 11. — Auth. Litigiosa. C. Cum creditor. 1. C. de litigios. (8. 37.): »Litigiosa res est, de cujus dominio causa movetur inter possessorem et petitorem, judiciaria conventione.« Nov. 112. c. 1. pr. Clem. Cum lite pendente 2. ut lite pend. (2. 5.): ». . . litem quoad hoc pendere censemus, postquam a judice competenti in ea citatio emanavit et ad partem citatam pervenit.« C. A memoria. 1. C. Laudabilem. 2. C. Ecclesia. 3. C. Ecclesia. 4. X. ut lit. pend. (2. 16.). Gl. c. Relatum 19. X. de off. del. (1. 29.) v. Contestata.

⁵) Tit. 1. §. 8. 12. 13. Gl. c. Ignarus. 1. X. de lib. obl. (2. 3.) v. libellum: ». . . interrumpit praescriptionem.«

⁶) Tit. 1. §. 8. 7. C. Si ex multis. 3. in f. C. de ann. exc. (7. 40.)

¹) B. 1. Tit. 2. §. 1.

²) B. 1. Tit. 4. §. 7. Tit. 6. §. 5. Not. 3. 4. 5. Gl. zu c. Pastoralis 4. X. de except. (2. 25.) v. protestatae: ». . . et intellige protestatae nominando expresse exceptiones, quae scribi deberent . . . ut, si velit proponere exceptionem recusationis, illam primo debet proponere, et super illam tan-

nern Verhandlungen abhängt. Dieser Erledigung kann daher auch erst die Beweisführung für die andern und die Entscheidung darüber folgen. Zur Vorbringung beider Arten kann der Richter auch eine Frist anberaumen, nach deren Ablauf sie nicht mehr geltend gemacht werden können. Diese Verhandlungen sind, wie früher die einleitenden vor dem Magistrate waren, summarische. Der zweite Theil könnte die gegen die Klage gerichteten peremtorischen Einreden enthalten. Früher mußten auch diese vor dem Magistrate angemeldet werden, weil sie in die Litiscontestation aufgenommen werden mußten, und sich die Instruktion für den Judex darnach richtete; seit aber dieses Verfahren mit den Formeln aufhörte und der in der Hauptsache untersuchende Richter jetzt zugleich der den Streit einleitende ist und vermöge selbstständiger Gerichtsbarkeit handelt, genügt ihre Anmeldung, auch der bloße Vorbehalt ihrer Geltendmachung vor der Litiscontestation. Beabsichtigt der Verklagte eine Widerklage, reconventio, so muß sie ebenfalls vor der Litiscontestation eingebracht werden [3]).

Die Exceptionsschrift muß dem Kläger zur Replikation zugefertigt werden, deren Inhalt dann wieder eine Zustellung an den Verklagten zur Duplikation veranlassen kann, wie diese wieder eine an den Kläger zur Triplikation und diese weiter zur Quadruplikation [4]), bis beide Theile ihre Vertheidigung als geschlossen und sich über die Litiscontestation erklären. Der Richter kann sie auch zur Vornahme der Litiscontestation anhalten.

Alle diese Vorverhandlungen, und nicht bloß, wie bemerkt, die über die dilatorischen Einreden, sind summarische, wie früher im Jus; doch könnten dabei auch die interrogationes und responsiones in jure, oder die kanonischen positiones und responsiones, zur Anwendung kommen.

---

tum procedere; de aliis potest sic: salvis aliis dilatoriis, quae tales sunt, et debent nominari, probandis suo loco et tempore, postquam cognitum fuerit de suspicione ... nec sufficit dicere, in genere salvis aliis ...« Gl. zu c. Quoniam. 11. X. de probat. (2. 19.) v. recusationes. u. v. exceptiones: »... Si vero judex statuat terminum ad omnes exceptiones dilatorias proponendas, quod et facere potest, ... proponere debes omnes, tam contra judicem, quem contra alios, et eis propositis procedatur statim primo loco super judicis recusatione, pendentibus aliis, quousque expedita sit quaestio recusationis, cum illa sit praejudicialis, quia ea probata aliae postea locum non habent.«

[3]) Ibid. Tit. 6. §. 9. Not. 6. Da sie als Klage ein Angriff ist, so ist sie dem Exkommunicirten nicht gestattet. C. Cum inter. 5. in f. X. de except. (2. 25.): »... Ceterum non sic in reconventione sentimus, ne quod in defensionis remedium sustinetur, ad impugnationis materiam extendatur.«

[4]) Ibid. §. 8.

Allein dadurch würde einerseits die Prozeßführung ohne Bedürfniß erschwert und verschleppt, und andererseits würden diese Handlungen, die sich ursprünglich nur auf den Hauptstreitpunkt bezogen, theils um ihn bestimmt für die Klageformel festzusetzen, und theils um den Beweis durch die Zugeständnisse im Jus zu erleichtern, ihrem Zwecke entfremdet. Das rechtfertigt ihre Verlegung im kanonischen Rechte nach der Litiscontestation und vor die Handlung der Beweisführung.

10. Die Litiscontestation selbst kann in der oben [1]) angegebenen Form schriftlich von jedem Theile erklärt werden, oder auch so vor sich gehen, daß jeder Theil in seinem letzten Schriftstück erklärt, daß und wie er Lis contestire [2]). — Unmittelbar nach der Litiscontestation leisten die Prokuratoren den vorgeschriebenen Calumnieneid [3]). Vorher leisten ihn die Parteien [4]), wenn er gefordert wird [5]).

11. Die Verweigerung der Litiscontestation zieht die Nachtheile der Contumacia nach sich. Auch das Vorbringen peremtorischer Einreden schützt nicht dagegen, indem, bevor über ihren Werth erkannt werden kann, gerichtlich feststehen muß, was zwischen den Streitenden der eigentliche Gegenstand des Streites ist, also Litiscontestation vorausgesetzt wird [1]). Bloß die drei Einreden der richterlichen Entscheidung, res judicata, des abgeschlossenen Vergleiches, res transacta, und der abgemachten Sache, res finita, machen sie so entbehrlich, daß nur nach der Wahrheit der

---

[1]) Tit. 1. §. 6. Not. 16.

[2]) Beispielsweise wird Seitens des Prokurators des Klägers die Erklärung so angegeben: »Latiori additione et declaratione libelli partis meae et quibuscunque juris beneficiis salvis, contestor litem super libello partis meae affirmative et super exceptionibus partis adversae negative.« Die des andern Prokurators so: »Latiori additione et declaratione exceptionum sive defensionum partis meae, nec non quibuscunque aliis exceptionibus et defensionibus juris salvis, contestor litem super articulis partis meae affirmative, et super libello agentis negative.«

[3]) Tit. 1. §. 6. Not. 21. C. Cum caussam. 6. in f. X. de jur. cal. (2. 7.) Der Prokurator des Klägers schwört: »credo partem meam justam agendi causam habere, sine dolo et fraude, sic me Deus etc.:« der des Verklagten: »credo me justam causam opponendi habere, sine dolo et fraude, sic me etc.«

[4]) Ibid. Not. 22.

[5]) B. 1. T. 19. §. 5.

[1]) C. Si oblato. 2. de lit. cont. in 6. (2. 3.): »Si, oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur, nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta; immo, ea non obstante, nisi sit de illis exceptionibus, quae litis contestationem impediunt, fieri oportebit eandem.«

Einreden gefragt wird[2]). Denn das ist dem in Rechtskraft übergegangenen Urtheile eigen, daß es unabänderlich ist, und nichts Anderes mehr in Frage kommt, als, ob gerichtlich erkannt sei[3]). Mit ihm aber steht hierin der Vergleich, transactio, auf einer Linie[4]), sei er vor oder nach angehobenem Prozesse abgeschlossen worden. Mit der nämlichen Wirkung werden Rechtssachen abgemacht und Prozesse beendigt, res finita, in noch vier andern Weisen: Zuerst nämlich durch Zahlung, solutio, wodurch die Forderung, und mit ihr das Klagerecht, ganz erlischt[5]), ferner durch Acceptilation[6]), durch außergerichtlich[7]) und durch gerichtlich[8]) deferirten Eid und durch Verjährung[9]). Dazu kommt die Spolien-Exception, die auch von der Litiscontestation befreit, da sie gegen jede gerichtliche Einlassung schützt[10]).

12. Eine nähere Erwägung erfordert hier noch die Frage, in wie fern die Klage nach der Litiscontestation unabänderlich sei[1]), und ob in keinem Falle eine Aenderung vorgenommen werden könne. Ist

---

[2]) C. Exceptionis. 1. de lit. cont. in 6. (2. 3.): »Exceptionis peremptoriae, seu defensionis cujuslibet principalis, cognitionem negotii contingentis, ante litis contestationem objectus, nisi de re judicata, transacta, seu finita excipiat litigator, litis contestationem non impediat, nec retardet.«

[3]) B. 1. Tit. 18. §§. 12. 13.

[4]) Fr. Transacta. 229. D. de V. S. (50. 16.): »Transacta finitave intelligere debemus, non solum quibus controversia fuit, sed etiam, quae sine controversia sint possessa.« Fr. Ut sunt. 230 D. eod: »Ut sunt judicia terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita.« Fr. Jusjurandum. 2. D. de jurej. (12. 2.). Fr. Cum quaerebatur. 13. pr. in f. D. judic. solvi. (46. 7.). C. Fratris. 10. in f. C. Non minorem. 20. C. de transact. (2. 4.). Fr. Sive ingenua. 1. §. 12. D. ad SC. Tertyll. (38. 17.)

[5]) Fr. Quaecunque. 13. pr. in f. D. judicat. solvi. (46. 7.): » . . . si forte lis finita fuerit . . . vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione, vel quo alio modo.« Pr. J. quib. mod. tollit. obl. (3. 30.): »Tollitur autem omnis obligatio solutione.«

[6]) Fr. Quaecunque. 13. pr. D. jud. solvi. Not. 5. Fr. Verborum obligatio. 107. D. de solut. (46. 3.). Fr. Acceptilatio. 1. D. de acceptil. (46. 4.): »Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio.« §. Item per acceptilationem. 1. J. quib. mod. toll. obl. (3. 30.)

[7]) Fr. Jusjurandum. 2. D. de jurej. (12. 2.). B. 1. Tit. 14. §. 1. Not. 2.

[8]) B. 1. Tit. 14. §. 2. Not. 1.

[9]) Fr. Ut sunt. 230. D. de V. S. (50. 16.). Not. 4. Gl. zu c. Exceptiones. 1. de lit. cont. in 6. (2. 3.) v. finita. T. 7. §. 3.

[10]) B. 1. Tit. 6. §. 10.

[1]) Tit. 1. §§. 7. 9.

eine irgend zulässig, so kann sie Seitens des Klägers nur den Inhalt des Antrages, die Intention, oder den entfernten Klagegrund, causa remota, demonstratio [2]), betreffen.

Die Intention würde geändert werden, wenn ein anderes Objekt, statt des beanspruchten Gegenstandes oder Rechtes ein anderes, statt eines Grundstückes ein Gebäude, oder statt des Eigenthums die Nutznießung und damit ein anderer nächster Klagegrund, causa proxima [3]), gesetzt würde. Nach älterem Rechte müßte auch die Angabe eines andern entfernten Grundes, causa remota, wenn etwa Schenkung, statt des Kaufes geltend gemacht würde, den nämlichen Erfolg haben. Die strenge Durchführung dieses Grundsatzes würde aber das materielle Recht auf eine nach dem natürlichen Rechte nicht zu billigende Weise dem formellen unterordnen, wenn nicht ferner eine neue Klage zugelassen würde; die bloße Zulassung einer neuen Klage aber würde sich nicht mit dem Grundsatze der Prozeßverminderung [4]) vereinigen lassen. Daher ist im neuern römischen Rechte eine Aenderung durch Verbesserung des Irrthums im Objekt und Grund in dem nämlichen Prozesse und vor dem nämlichen Richter, in eodem judicio, zuläßig, so weit dadurch der andere Theil nicht in Schaden kommt [5]). Der Schaden könnte aber nur durch vermehrte Prozeßkosten entstehen, die dann der Kläger tragen müßte.

Eine gleichartige Aenderung kann auch durch eine Mehrforderung, plus petitio, das heißt, durch eine größere Belastung des Verklagten, als wozu er verpflichtet ist, nothwendig werden. Eine Pluspetition nun kann in vier Weisen Statt finden: hinsichtlich des Objektes oder der Quantität, hinsichtlich der Zeit, des Ortes der Erfüllung und der Modalität [6]).

Die Pluspetition der Qantität nach, re, kann vor dem Spruche noch geändert werden, sie zieht aber die Verurtheilung in die Kosten nach

---

[2]) Tit. 2. §. 3.

[3]) Tit. 3. §. 4.

[4]) B. 1. Tit. 2. §. 26. Not. 3.

[5]) §. Si quis aliud. 35. J. de actio. (4. 6.): »Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placuit, sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.«

[6]) §. Si quis agens. 33. J. eod: » . . . Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco et causa.« C. un. X. de plus petit. (2. 11.)

sich[7]). Hat die Mehrforderung schon bei der Citation einen größeren Sportelbetrag verursacht, so muß der Mehrbetrag dreifach erstattet werden[8]). Wenn betrügerische Verträge zur Verhüllung der Pluspetition bis zur Litiscontestation geltend gemacht werden, so geht die ganze Forderung verloren[9]).

Eine verfrühte, vor dem Eintritte der vertragsmäßigen Zahlungsfrist, oder der gestellten Bedingung geltend gemachte, Forderung, pl. pet. tempore, würde nicht eine schon wirksame, obligatio praesens, sein und des erwachten Klagerechtes, actio nata, entbehren, könnte daher mit der dilatorischen Einrede abgewehrt,[10]) und müßte sofort bis zur Zahlungsfrist abgewiesen, auch dem Kläger, als dem Urheber, selbstredend der dadurch verursachte Kostenbetrag auferlegt werden. Geschähe diese Pluspetition aus Versehen oder Irrthum, so würde eine weiter gehende Bestrafung nicht als billig zu erachten sein[11]); die chicanöse dagegen wird mit Recht mehr bestraft. Und die Strafe besteht darin, daß die Zeit, um welche die Forderung zu früh gestellt ist, ohne Zinsen verdoppelt und der Kläger nach deren Ablauf mit seiner Klage nicht zugelassen wird, bevor er die Kosten der früheren Instanz dem Verklagten erstattet hat[12]). Die Forderung würde sich aber dann als eine chicanöse erweisen, wenn ungeachtet der dilatorischen Einrede darauf beharrt und zur Litiscontestation geschritten würde[13]).

Für den Schuldner kann es von Interesse sein, der Forderung an dem verabredeten Orte nachzukommen, weshalb die Klage auf deren Erfüllung an einem anderen Orte eine Benachtheiligung für ihn enthielte, pl. pet. loco; allein eine gerichtliche Abweisung würde dann nicht billig

---

7) C. un. pr. X. eod: » . . . Punitur enim importunitas plus petentium, si super petitione sua duxerint in judicio persistendum, ita quod, qui repetunt amplius sine causa, in expensis adversario condemnantur.«

8) C. Zenonis. 2. §. 2. C. eod. (3. 10.)

9) C. Odiosas. 3. C. eod.

10) §. Temporales. 10. J. de except. (4. 13.) B. 1. Tit. 6. §. 4. Not. 8.

11) C. Omnis. 1. §. 2. C. de plus pet.: » . . . Tunc vero is, qui plus petit, damnificetur, quando manifeste convictus fuerit, per avaritiam delinquere.«

12) C. Omnis. 1. pr. C. eod. C. un. §. 2. X. eod. §. Si quis agens. 33. in f. J. de act. (4. 6.). §. Temporales. 10. in f. J. de exc. (4. 13.). C. Zenonis. 1 pr. C. eod.

13) §. Temporales. 10. J. de exc.: » . . . Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio.«

sein, wenn der Kläger für jenes Interesse einzustehen bereit wäre[14]. Eine Pluspetition hinsichtlich der Modalität, causa. der Verpflichtung hat dann statt, wenn die dem Verklagten rechtmäßig zuständige Freiheit in Erfüllung der Forderung beschränkt wird, indem er ein Bestimmtes leisten soll, wo ihm die Wahl zusteht, wie bei alternativen Leistungen und bei Forderungen auf eine Sache von einer gewissen Gattung. Hier bezeichnet also causa die spezielle Beschaffenheit der Verpflichtung, deren Aenderung eine Belastung für den Verpflichteten sein kann. Eine solche Pluspetition zieht die Abweisung der Klage mit Verurtheilung in die Kosten nach sich, so weit sie eine Belastung enthält[15].

Hat endlich der Kläger zu wenig in Antrag gebracht, so kann das ihm nicht schaden. Der Richter verurtheilt den Verklagten von Amts wegen in das Ganze[16].

Seitens des Verklagten können sich die Aenderungen nur auf seine peremtorischen Einreden und deren Begründung beziehen, und in beiden bleibt ihm die Geltendmachung vor dem Spruche frei, doch würde er die dadurch verursachten Kosten zu tragen haben.

13. Im kanonischen Prozesse ist das gerichtliche Verfahren in zwei Fällen nicht von der Litiscontestation abhängig: wo es sich nämlich um eine wirkliche, matrimonium corporale. oder um eine analoge Ehe, matr. spirituale, handelt, und der eine Theil contumax wird.

In allen Contumacial-Fällen, in denen zeitliche Rechte in Frage stehen, kann eine genügende Sicherheit gegen Nachtheil und eine hinreichende Ausgleichung des Schadens ohne entscheidenden Richterspruch gewährt werden; der geistige Schaden aber, in den der Kläger durch den Dolus des Verklagten, wenn die Gültigkeit der Ehe bestritten wird, gebracht werden könnte, ist durch keine zeitliche Vortheile auszugleichen. Die Durchführung der Rechtsconsequenz würde also zu einem Unrecht führen und den richterlichen Schutz mit seinem Zwecke in Widerspruch bringen, wenn ohne Litiscontestation keine Zeugen vernommen werden dürften und nach erbrachtem Beweise keine Entscheidung erfolgen könnte[1].

---

[14] §. Si quis agens. 33. J. de act.: » . . . ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret.« C. un. §. 1. X. de plus pet.

[15] Gl. zu c. un. X. eod. v. te quoque: » . . . qui plus petit re sive causa, condemnatur adversario in expensis.« V. causa plus: » . . . auferre vis mihi electionem, quod esse non debet, unde puniri debet in damnis, quae sustinui, ut dictum est.«

[16] §. Si minus. 34. J. de act.

[1] C. Quoniam. 5. §. 1. X. ut lite non cont. (2. 5.)

Der ehelichen Verbindung ist das Verhältniß eines Vorstehers zu seiner Kirche analog, in dessen Folge davon ein ähnliches Recht gilt; in Betreff der Litiscontestation aber beschränkt es sich auf den Fall, daß der Gewählte sich nicht über die Annahme der Wahl erklären will und contumax würde [2]).

Daß bei dem inquisitorischen Verfahren die Beweisführung nicht von der Litiscontestation abhängig ist, hat einen speziellen Grund, der später zu besprechen ist.

Dritter Titel.

Beweisverfahren.

1. Das Hauptverfahren bezweckt die gerichtliche Gewinnung des Beweises zur Begründung des Spruches. Räumt der Verklagte nach der Litiscontestation die Anträge des Klägers ein, so wird der Spruch gefällt; beharrt er auf deren Bestreitung ganz oder theilweise, so beginnt das weitere Verfahren. Dieses selbst besteht, wenn peremtorische Einreden geltend gemacht werden, nothwendig in zwei getrennten Abschnitten, von denen sich der erste ausschließlich mit der Beweisführung des Klägers, und der zweite mit der Nachweise der Einreden beschäftigt. Diese Trennung und Aufeinanderfolge ist ausdrücklich vorgeschrieben [1]) und gehört zur Ordnung des gerichtlichen Verfahrens, ordo cognitionum [2]). Vor

---

[2]) C. Quoniam. 5. §. 1. cit. — Durch die Bestimmungen in c. Quam sit. 6. und c. Cupientes. 16. de elect. in 6. (1. 6.), ist die Dringlichkeit einer solchen Lage in der Regel gehoben.

[1]) Auf die hierüber gestellte Anfrage antwortete Clemens III. in c. Intelleximus. 1. X. de ord. cognit. (2. 10.): ». . . cum exceptione probata quaestio principalis perimatur, ante est cognoscendum de ipsa, quam ad defensionis articulum procedatur.« Solche Einreden gehören zur Vertheidigung. B. 1. Tit. 6. §. 4. Not. 1. Die Glosse bemerkt v. cognoscendam: »Ex hoc decretali colligitur manifeste, quod, cum reus in modum exceptionis aliquam exceptionem objicit actori, de illa incidenti tandem cognosci debeat, fundata intentione actoris primo.«

[2]) C. Exhibita. 19. X. de jud. (2. 1.): ». . . pervertendo juris ordinem, de praemissis exceptionibus et principali negotio pariter per se inquirere intendentes.«

dem Beweisverfahren in beiden Abschnitten sind im kanonischen Civilprozesse die oben [3]) erwähnten Satzstücke, positiones, und deren Beantwortung, responsiones, üblich.

2. Die Positionen und Responsionen sind nichts Anderes, als die römischen interrogationes und responsiones in jure [1]), und werden, wie diese, unter richterlicher Auktorität und Leitung nach einem geleisteten Eide aufgestellt und erledigt. Sie bezwecken Vereinfachung und Erleichterung der Beweisführung durch das gerichtliche Geständniß [2]), können daher von dem Verklagten für seine Exceptionen, wie von dem Kläger für seinen Klageantrag, auch auf jedem Standpunkte des Prozesses, wo ein Beweis zu führen ist, mithin nicht lediglich nach der Litiscontestation, sondern auch bei Incidentpunkten und Exceptionen schon vorher statt haben [3]). Da sie sich in der Regel auf das Hauptbeweisverfahren beziehen, so ist hier der Ort zu ihrer Besprechung.

Der Inhalt der Sätze ergibt sich aus dem Inhalte des Beweises, wie er zur Begründung der Intention des Beweisführers erforderlich ist und durch das Geständniß des andern Theiles, wenn nicht ganz, so doch theilweise geliefert werden soll. Auf die Form ihrer Aufstellung selbst kommt es nicht an; sie könnten eben so gut fragend, als behauptend abgefaßt sein [4]). Herkömmlich ist die behauptende Form durch pono in der bekannten Bedeutung von behaupten [5]). Daher werden die Sätze positio-

---

[3]) Tit. 2. §. 8.

[1]) Tit. 1. §. 4. Durantis sagt lib. 2. part. 2. de position. §. 1: »positio est dictum loco interrogationis positum: nam quod olim sub forma interrogationis ponebatur, hodie de plano ponitur.«

[2]) Clem. Saepe contingit. 2. de V. S. (5. 11.): ». . . Et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessiones . . usus longaevus in causis admisit, nos, usum hujusmodi observari volentes, statuimus.«

[3]) Gl. zu c. Statuimus. 1. de confess. in 6. (2. 9.) in cas: ». . . Nota primo, quod litigantes in causa possunt facere positiones et ante litem contestatam et post . . . quia bene verum est, quod in principali negotio debent fieri post litem contestatam, . . . sed in emergentibus et exceptionibus, quae opponuntur ante litis contestationem possunt fieri positiones lite non contestata.« Ferner v Statuimus ». . . Sed dic, quandocunque faciendae sunt probationes, fieri possunt positiones sive ante lit. cont., sive post.«

[4]) Engel gibt tit. de conf. §. 6. sogar an: »in praxi fere omnes positiones, seu articuli, per modum interrogationis, non vero per modum simplicis affirmationis concipiuntur.«

[5]) Die angeführte Glosse zu c. Statuimus. führt u. A. v. Statuimus dieses Beispiel an, wovon einige Sätze hier genügen: »Pono, quod percussisti talem. Item, quod in tali parte corporis Item, quod cum gladio . . . Item, quod animo

nes[6]), wer sie aufstellt, ponens, und der Antwortende respondens, auch Ponat, genannt. Die Antwort kann einfach bejahend oder verneinend, selbst: »credo« oder »non credo« sein, auch ausführlicher abgegeben werden, wie es der Sache und der Wahrheit entspricht; sie kann aber nicht verweigert werden, wenn nicht ein vernünftiger Grund dazu berechtigt. Die Verweigerung wird als Geständniß behandelt[7]).

Die Verpflichtung zur Beantwortung entspringt aus der richterlichen Aufforderung, jussus, die zu einer Antwort nach der Wahrheit aber aus dem vorher abgelegten Eide. In gleicher Weise ist auch der Ponent zu einer Satzaufstellung nur nach der Wahrheit durch seinen Eid verpflichtet, welcher juram. dandorum genannt wird, da jener juram. respondendorum heißt. Ueber den inneren Gehalt dieses Eides, ob er ein Eid für die Wahrheit, jur. veritatis, oder bloß ein Eid der Gefährde, jur. calumniae, sei, ist die Ansicht der Kanonisten nicht klar.

Ist er ein Eid der erstern Art, so müßte die Antwort eigentlich geradezu bejahend oder verneinend, concedo, nego, lauten; ist er bloß Gefährdeeid, so genügte die Antwort, die eine Chicane ausschlösse, wie credo, non credo. Letztere nun ist zwar die übliche Form, doch wird sie als eine Erklärung nach Wahrheit, mithin nicht nach bloßem Dafürhalten mit Ausschluß der Chicane aufgefaßt[8]). Die Glosse macht einen Unterschied, je nachdem es sich um einen geistlichen oder nicht geistlichen Gegenstand handelt[9]). Das hängt nämlich davon ab, ob, wie in geist-

injuriandi. Item, quod ille tunc erat clericus ..... Item, quod sciebas, illum clericum esse....« Es bezieht sich auf die Exception gegen den exkommunicirten Kläger. — Im deutschen Prozesse werden die Sätze nach Vorschrift des J. R. A. §. 49. mit „Wahr", oder „Nicht wahr" anfangend aufgestellt. — Ueber die Antworten äußert obige Glosse: »... responsiones scribi faciet sic: »fatetur«, vel »negat«, »credit«, vel »non credit.«

[6]) Im J. R. A. werden sie §§. 34. 49: »Probatorial-Articul« genannt.

[7]) C. Si post praestitum. 2. de conf. in 6: »Si post praestitum veritatis seu calumniae juramentum reus vel procurator ipsius positionibus ab adversario sibi factis interrogatus jussusque a judice respondere absque rationabili causa recuset ... haberi debet super his, de quibus in eisdem positionibus interrogatus exstitit, pro confesso.«

[8]) Pirrh. II. 5. de lit. cont. n. 16: »Rei responsiones ... fieri debent per verbum Credo vel Non credo ... est autem responsio per verbum credo veritatis expressiva et confessionem inducit, ita, ut aeque praejudicet, ac confessio de veritate.«

[9]) Gl. zu c. Praesentium. 2. de test. in 4. (2. 10.) in cas: »... sicut reus compellitur respondere positionibus actoris mediante ipsius rei juramento, ita similiter actor compellitur jurare suas positiones veritatem continere per ver-

lichen Sachen, der Eid auf Wahrheit, oder wie in andern Sachen, bloß auf Redlichkeit lautet[10]. Im kanonischen Prozesse war früher der Gefährdeeid bloß ein Eid auf Wahrheit[11], wenn das Streitobjekt eine geistliche Sache war, jetzt muß er auf Wahrheit und Gefährde lauten[12], wogegen er in andern Sachen auf Gefährde lautet.

Die Gründe, die eine Verweigerung der Antwort rechtfertigen, sind in der ungehörigen Beschaffenheit der Positionen gegeben. Auf Sätze, die den Gegenstand des zu liefernden Beweises nicht unmittelbar oder nicht mittelbar berühren, impertinentes, oder nichts zum Beweise beitragen, superfluae, die ihrer Fassung nach unverständlich oder dunkel, obscurae, vieldeutig, multiplices, verfänglich, captiosae, oder chicanös, cavillosae, sind, und die nicht Handlungen des Antwortenden betreffen, de facto alieno, kann kein Theil den andern zu Antworten verpflichten und nicht verpflichtet werden[13], wie auch nicht auf Sätze über eine strafbare Handlung des Antwortenden[14].

Seine Positionen muß der Ponent dem Richter schriftlich mittheilen, zunächst, daß er sie prüfe und genehmige[15], sodann, daß er den Po-

---

bum credit: videlicet, quod credit suas positiones continere veritatem, et ista sunt intelligenda, nisi esset causa spiritualis: tum enim deberet jurare positiones de veritate et non solum, quod credit, suas positiones veritatem continere.«

[10]) Gl. zu c. Statuimus. 1. de conf. in 6. (2. 9.). V. Statuimus: »... ad illas postmodum faciat adversarium respondere de veritate vel credibilitate habita distinctione, an de veritate vel calumnia tantum sit praestitum ... et responsiones scribi faciet sic: fatetur, vel negat: credit, vel non credit.« Ueber diese Bezeichnung bemerkt Fagnan. c. Olim. X. de lit. cont. (2. 5.). n. 93 »... in practica communiter servatur, ut indistincte admittatur responsio per verbum credit vel non credit,« und erklärt seine Ansicht von der Bedeutung dieser Form n. 95. dahin, daß auch mit diesem Antworten Meineid begangen werde.

[11]) Beispiele enthalten c. Dudum. 54. X. de elect. (1. 6.) und c. Praesentium. 2. de test. in 6. (2. 10.)

[12]) C. Si de calumnia. 1. §. 2. de juram. calum. in 6. (2. 4.). Bonif. VIII. a. 1298. B. 1. Tit. 19. §. 5. Not. 8.

[13]) Gl. zu c. Statuimus. 1. de conf. in 6. v. Statuimus. Gl. zu c. Si post praestitum. 2. eod. in 6. v. absque.

[14]) S. Chrysosth. bei Grat. 8. par. §. 1. zu c. Quis aliquando. 87. D. 1. de poenit: »... non tibi dico, ut te prodas in publicum, neque ut te apud alios accuses.« Gl. zu c. Si post praestitum. 2. de conf. in 6. v. absque rationabili: »... Item super crimine ejus contra quem fiunt, non admittuntur positiones.«

[15]) Gl. zu c. Statuimus. 1. de conf. in 6. v. Statuimus: »... Et sunt in scriptis offerendae judici, ut videat, an sint impertinentes, ... et sic eas repellat ... quas si admittendas viderit, in actis curiae suae scribi faciat.«

naten zur Beantwortung auffordere, zu welchem Ende sich die Bitte darum anschließt. Die Beantwortung geschieht in dem dafür angesetzten Termine [16]). Nach geleistetem Eide des Ponenten werden die Positionen auf dessen Eid vorgetragen, und der Ponat wird vom Richter zur Beantwortung auf seinen Eid aufgefordert [17]). Die Verweigerung der Antwort hat die angegebene Folge eines Geständnisses, das Nichterscheinen auf die Vorladung aber nicht, sondern nur die des Contumacial-Verfahrens [18]).

Im Strafverfahren sind die Positionen unanwendbar [19]), schon weil Niemand zum Geständnisse seiner Schuld vor Andern gezwungen werden kann, und das Verhältniß des Beschuldigten ein von dem des civilrechtlichen Verpflichteten ganz verschiedenes ist. Auch im Civil-Prozesse sind sie indessen nicht unerläßlich, sondern gelten nur als vortheilhaft, in so fern sie das Beweisverfahren abkürzen können, und fanden nicht allgemeine Anwendung [20]).

3. Von jeder gerichtlichen Beweisführung ist Seitens des Beweisführenden die Haupthandlung, daß er seine Beweismittel dem Richter vorbringt und sie gerichtlich geltend macht, Seitens des Richters die, daß er sie amtlich annimmt. Beim Zeugenbeweise geschieht das Vorbringen durch das Vorführen der Zeugen, producere [1]), auch inducere testes [2]). Das Annehmen geschieht durch das Verhör und das Aufnehmen ihrer Aussagen zu Protokoll, recipere testes [3]). Von dieser gangbarsten Beweisführung heißt die Handlung des Beweisenden Beweisproduktion, die des Richters Beweisaufnahme, auch wird der beweisende Producent, und der Gegner der Produkt genannt. Bei rein mündlichem Verfahren würde der Produkt bei diesen Handlungen zugegen sein und von dem

---

16) Gl. zu c. Si post praestitum. 2. de conf. in 6. v. Jussusque: »... si judex citat partem, etiam post praestitum juramentum, ut veniat respondere positionibus.«

17) Durand. lib. 2. part. 2. de posit. §. 5. n. 13.

18) Gl. zu c. Si post praestitum. 2. de conf. in 6. v. Jussusque.

19) Fagnan. l. c. n. 84: »Quinto dixi: ad causam, id est, civilem, quia in criminibus non fiunt positiones.«

20) Durantis meldet hierüber l. c. §. 5. n. 1: »Ad cujus rei notitiam sciendum est, quod in plerisque locis non fiunt positiones, sed lite contestata praestitoque juramento statim judex super singulis articulis libelli reum interrogat ... Sed in curia romana et quasi ubique positiones formantur.«

1) Fr. Produci. 23. D. de test. (22. 5.): »Produci testis non potest.«

2) C. De testibus. 29. X. eod. (2. 20.): »... si testes sint inducti.«

3) C. Cum causa. 42. X. eod: »... recipiatis testes, quos ... duxerit producendos.«

ganzen Inhalte der Verhandlungen gehörige Kenntniß gewinnen, die ihn in den Stand setzte, zur Vertheidignng seines Rechtes auszuführen, was ihm zu Gebote stünde; beim schriftlichen muß ihm ebenfalls diese Kenntniß gerichtlich, also amtlich mitgetheilt, und darf nichts einseitig verhandelt werden[4]). Das setzt voraus, daß dem Richter selbst schon die vorzubringenden Beweismittel und Sätze, zu welchen sie dienen sollen, so zur Kenntniß gebracht worden sind, daß er dem Produkten darüber Mittheilung machen kann. Es muß also eine Anzeige an den Richter von der beabsichtigten Beweisproduktion in erforderlicher Ausführlichkeit voraufgegangen sein. Da diese Anzeige als der erste Schritt der Beweisführung anzusehen ist, so kann er mit Recht, wie im deutschen Prozesse üblich ist, Beweisantretung genannt werden.

Die Beweisproduktion und die Beweisaufnahme liefern das Material und die Mittel, von dem Beweissatze Gewißheit zu verschaffen und den Richter zu überzeugen; doch werden diese nicht immer sofort und ohne Erörterung und Erläuterung gewonnen, weil nicht immer die Einsicht in den Zusammenhang und in die Verbindung mit der Wahrheit erfolgt. Daher kann noch ein Schlußverfahren, eine Schlußerörterung, disputatio, erforderlich, oder doch nützlich werden[5]).

Indem der Produkt dem Producenten gegenüber sein Recht vertheidigt, wird er der Producent, für den ebenfalls die drei ersten Handlungen unerläßlich bleiben, welchen denn noch die vierte folgen, die aber ihrer Natur nach mit der vierten des ersten Producenten verbunden werden und damit parallel laufen kann. Im kanonischen Prozesse dürfen, wie erinnert, die drei ersten Handlungen beider Theile nicht gleichzeitig, sondern von dem ersten Produkten erst dann vorgenommen werden, wenn der erste Producent seine Beweismittel vorgelegt hat.

4. Für die einzelnen, oder auch für mehre Beweishandlungen, auch für beide Theile, beraumt der Richter[1]), wenn sich nicht schon die Parteien darüber geeinigt haben, eine Frist an, Beweisfrist, terminus

---

[4]) B. 1. T. 5. §. 4. Tit. 12. §. 5.

[5]) C. In causis. 15. X. de test. (2. 20.): »... publice potest disputari.«

[1]) In c. Licet causam. 9. X. de probat. (2. 19.) war für beide Theile verfügt: »infra tres menses testes ... reciperet, quos utraque pars, tam super principali negotio, quam in personas testium duceret producendos.« Außerdem wurde dem einen Theile für seine Einrede gestattet, daß die Richter: »testes ... producendos infra mensem recipere et examinare curarent,« sodann dem andern Theile der folgende Monat »ad reprobationem testium illorum« bewilligt. C. Cum caussa. 42. X. de test. (2. 20.)

probatorius, genannt, oder setzt auch für eine einzelne Handlung einen bestimmten Termin [2]) fest. Viele behaupten, nach der Litiscontestation seien alle anberaumten Fristen peremtorische, was sich indessen nicht erweisen läßt und im kanonischen Rechte nicht geltend ist [3]). Es ist aber zur Beschleunigung der Verhandlungen vorzuziehen, sie als peremtorische anzusetzen [4]), wo die Vornahme einer einzelnen gerichtlichen Handlung angeordnet wird. Doch kann der Richter auch nach Ablauf einer solchen eine neue ansetzen und die Nachholung des Versäumten gestatten, purgare moram. Gesetzliche Beweisfristen gibt es nur für drei Fälle. Die Einrede der Excommunikation muß binnen acht [6]), die der erlittenen Spolien binnen fünfzehn Tagen [7]), und die Gegenforderungen an den Fiskus müssen binnen zwei Monaten nachgewiesen werden [8]).

5. Die Beweisantretung wird zwar im kanonischen Rechte nicht als ein besonderer Theil des Beweisverfahrens hervorgehoben und bezeichnet, wohl aber werden die einzelnen dazu gehörigen Handlungen besprochen. Dahin gehören zunächst die im kanonischen Prozesse, wie die Positionen, üblichen Beweisartikel, articuli, um die Klarheit in der Beweis-

---

[2]) In c. Consuluit. 24. X. de off. jud. del. (1. 29.) lautet die Weisung über die Fälle, wo ein Theil nicht erscheint: »cum ad recipiendos testes, depositiones publicandas eorum, vel sententiam ferendam, peremtorie citatae sunt partes, et earum altera se absentat contumaciter die data.«

[3]) Durand. lib. 2. part. 1. de dilat. §. 4. n. 3: »Quidam tamen dicunt, quod omnes termini dati in causa post litem contestatam intelligantur peremptorii, licet hoc non exprimatur in eis . . . quod jure cautum expresse non memini reperisse, nisi cum ter super eodem articulo terminus assignatur.«

[4]) Gl. zu c. Consuluit. 24. X. de off. jud. deleg. (1. 29.) in cas: »Nota, quod per principium capituli post litem contestatam in his, quae occurrunt, debet terminus peremtorius assignari.« Pirrh. bemerkt zwar II. 8. n. 16: »Etsi vero in concessione dilationis non addatur verbum, peremptoria, tamen ex juris dispositione illud subintelligitur»; allein er hatte voraufgeschickt: hae dilationes probatoriae in causis pecuniariis ac civilibus regulariter sunt peremtoriae, etiamsi id non exprimatur.«

[5]) C. Consuluit. 24. X. de off. jud. del. (1. 29.): ». . . nec erit pars contumax, peremptorio elapso citanda, nisi gratiam fecerit ei benignitas judicantis.« Gl. in cas: »judex potest facere gratiam post terminum peremptorium alium assignando,« v. gratiam facere: ». . . licet judex possit parcere in ferendo sententiam termino constituto, non tamen potest ei parcere in expensis et sumptibus.«

[6]) B. 1. Tit. 6. §. 5. Not. 11.

[7]) Ibid. §. 10. Not. 4.

[8]) Fr. Aufertur. 46. §. 4. D. de jure fisc. (49. 14.)

führung zu fördern [1]). Sie sind in ihrer Form, wie die Positionen, einfach [2]) und in ihrem Inhalte so aufgestellte Sätze, daß sie, wenn sie erwiesen sind, den erforderlichen Beweis liefern, richten sich also nach dem Beweissatze, thema probandum, und müssen sich darauf beschränken. Ist das Verfahren mit Positionen voraufgegangen, so können davon die nicht eingeräumten als Artikel aufgenommen werden, daneben aber, je nach dem Sachverhältnisse, auch noch andere. Sie sind indessen nicht von den Positionen abhängig, und das Beweisverfahren kann sofort mit ihrer Aufstellung beginnen. Ihr Gebrauch ferner ist auf kein Beweismittel beschränkt; sie können bei jedem in Anwendung kommen, das sie nicht, wie die Eidesdelation, durch seine Natur ausschließt. Am nützlichsten und angemessensten jedoch sind sie bei dem Zeugenbeweise, ohne indessen auch dabei unentbehrlich zu sein [3]).

6. Beim Zeugenbeweise nun besteht die Beweisantretung darin, daß der Beweisende seine Beweisartikel dem Richter schriftlich übergibt [1]), die zu vernehmenden Zeugen namhaft macht und zugleich die Artikel angibt, über welche ein jeder vernommen werden soll [2]), denominatio testium cum directorio. Wird der Beweis durch Urkunden geführt, so müssen diese bezeichnet und, wenigstens in dem Theile, auf den es ankommt, in Abschrift beigefügt werden, wenn das nicht schon bei Einreichung der Klageschrift geschehen ist. Soll richterlicher Augenschein

---

1) Clem. Saepe contingit. 2. de V. S. (5. 11.): »... Et quia ... articulos ad clariorem probationem usus longaevus in causis admisit.«

2) Durant. gibt lib. 1. part. 4. de test. §. 5. n. 11. 12. die Form mit »intendit probare« so an: »Intendit probare Berta, quod die talis anni ipsa et Titius in domo vel loco tali convenerunt, in quo tales et tales erant praesentes. Item, intendit probare, quod idem Titius eam desponsavit de praesenti. Item, quod eam subarravit, annulum in ejus digitum immittendo ...« Eben so die Glosse zu c. Praesentium. 2. de test. in 6. (2. 10.) v. nomina. Im deutschen Prozesse pflegt jeder Satz, wie die Positionen, mit „Wahr", oder „Nicht wahr" angefangen zu werden. Sie können eben so gut in Frageform aufgestellt werden.

3) Durand. l. c. de teste. §. 5. n. 1: »... secundum quorundam morem locorum non fiunt positiones, nec etiam articuli, sed statim lite contestata et posito juramento judex loco positionum et articulorum reum interrogat sigillatim super quolibet membro libelli, qui si negaverit, interrogat eodem modo testes actoris super quolibet membro libelli. Sed curia romana aliter observat.«

1) Durand. l. c. n. 1.

2) C. Praesentium. 2. de test. in 6. (2. 10.): »... Testes etiam, quos super articulis ... transmissis ... examines.« C. Veniens. 38. C. Cum caussa. 42. X. de test. (2. 20.)

vorgenommen werden, so ist mit dem Antrage zugleich die Ausführung des Beweissatzes und die Erörterung zu verbinden, wie er durch die Besichtigung erwiesen werden möchte. Eben so müssen bei der Eidesdelation die Punkte bestimmt werden, worüber der Eid zu leisten ist. Werden mehre Beweismittel zu gleicher Zeit in Anwendung gebracht, so werden sie gemeinschaftlich, ein jedes in der ihm eigenen Weise angemeldet.

7. Nach der Prüfung der Zulässigkeit der angemeldeten Beweismittel der Form und dem Inhalte nach setzt der Richter den Produkten davon so in Kenntniß, wie er solche bei mündlicher Verhandlung würde erworben haben, beraumt für beide Theile den Produktionstermin an und ertheilt dem Produkten die Auflage, sich darüber vor dem Produktionstermine zu erklären. Jene Mittheilungen und diese Erklärungen nun sind bei den einzelnen Beweismitteln ihrer Natur nach wieder verschieden.

Bei dem Zeugenbeweise müssen nämlich die Beweisartikel und die Zeugen nebst Angabe der Artikel, über welche die einzelnen Zeugniß ablegen sollen, mitgetheilt werden. Und auf diese Theile kann sich die Erklärung des Produkten beziehen. Die Artikel kann er nicht bloß ihrem Inhalte und ihrer Fassung nach bekämpfen; sondern er kann auch selbst Fragestücke, interrogatoria, worüber die Zeugen beim Verhöre speziell sollten vernommen werden, aufstellen [1]). Diese können sich auf die Personen der Zeugen beziehen, von welchen das Alter, die Lebensverhältnisse und andere Umstände genauer zu kennen, dem Produkten zu seiner Vertheidigung von Nutzen sein kann, interr. generalia, oder auf ihr erwartetes Zeugniß, wie sie Kenntniß von der Thatsache erhalten haben, unter welchen Umständen und auf Anderes, was gegen ihre Glaubwürdigkeit sprechen könnte, interro. specialia [2]). Sie werden dem Producenten vorher nicht mitgetheilt, dürfen dagegen vom Richter nicht unbeachtet gelassen werden [3]), wohl aber können die nicht zur Sache gehörigen, die für die

---

[1]) C. Praesentium. 2. de test. in 6. (2. 10.): »... Testes etiam ... examines secundum partis adversae interrogatoria.«

[2]) Die Glosse gibt darüber zu c. Praesentium. 2. de test. in 6. v. interrogatoria folgende Erläuterung: »... Et fiunt interrogatoria hoc modo: Si dixerit testis, verum esse, quod primo intentionis articulo continetur, quaeratur ab eo, quomodo scit, et si ibi praesens erat, et ad quid ibi erat, et si vidit: potuit enim praesens esse, et non vidisse. Item quo anno et die id fuit factum. Item in quo loco, qua domo, qua parte domus, et an domus illa sit terranea, vel in solario, et qui erant ibi praesentes. Item si cognoscit illum, de quo testificatur, et cujus aetatis, staturae, et coloris: et his similia, secundum quod faciunt ad factum.«

[3]) C. Per tuas. 48. in f. X. de test.

Personen verletzenden oder sonst verfänglichen von ihm verbessert oder verworfen werden. Was der Produkt gegen die Zeugen als solche [4]), und insbesondere gegen ihre Glaubwürdigkeit zu erinnern hat, braucht er nicht jetzt schon vorzubringen, er muß sich aber ihre Bekämpfung vorbehalten, weil sie nach Beendigung des Zeugenverhöres nicht mehr zugelassen wird [5]).

Bei dem Beweise durch Urkunden stellt der Richter dem Produkten, wenn es nicht schon mit der Zufertigung der Klageschrift geschehen ist, die ihm vorgelegte Abschrift zu.

Wird richterlicher Augenschein angeordnet, so wird der Produkt dazu mit vorgeladen. Von den vorgeschlagenen Sachverständigen wird er in Kenntniß gesetzt und ihm gestattet, deren auch seinerseits vorzuschlagen, zugleich wird ein Termin zur Vereidigung und zur Besichtigung anberaumt.

Von der Eidesdelation und von den Punkten, welche sie betrifft, geschieht ihm ebenfalls Mittheilung mit der Bestimmung des Termins der Ableistung.

Ueber jeden dieser Punkte kann der Produkt vorbringen, was er dagegen zu erinnern hat, oder sich die Geltendmachung vorbehalten. Selbstredend kann der Produkt gegen die Zulässigkeit jeder Beweisantretung, die Fristversäumniß und was er sonst gegen sie anzugeben vermag, geltend machen, und seine Einreden müssen beseitigt sein, bevor zur Beweisproduktion geschritten werden kann.

Schon jetzt, vor erbrachtem Beweise, sich zugleich auf seine peremtorischen Einreden einzulassen, ist er nicht verpflichtet; wünscht er es aber, so kann er damit zugelassen werden [6]).

8. In dem anberaumten Produktionstermine folgt das Produktionsverfahren und die Beweisaufnahme. Da jenes beim Zeu-

---

[4]) C. Ex parte. 7. X. eod: »... Licet ... assereret, illos non esse producendos, pro eo, quod quidam eorum latrones et raptores manifesti essent, quidam ... convicti de perjurio.«

[5]) C. Licet caussam. 9. X. de prob. (2. 19.). C. Praesentium. 31. X. de test. 2. 20.). C. Denique 1. X. de exc. (2. 25.)

[6]) C. De testibus. 29. X. de test. (2. 20.): »... cum ad probandam exceptionem peremptoriam ab alterutra partium inducuntur ... nisi forsitan ... depositiones fuerint publicatae.« Gl. v. publicatae: »... ut, si objiciatur praescriptio ... vel res judicata, potest etiam probari ante apertas attestationes, ut hic patet. Illud autem stultum reputo, quod aliquis probet peremptoriam exceptionem, antequam sciat, si adversarius probavit intentionem suam.«

genbeweise das wichtigste ist, so wird es hier am füglichsten zuerst besprochen.

Dem Producenten wird der Termin zum Vorführen seiner Zeugen, ad producendum, arktatorisch, dem Produkten zur Anwesenheit bei der Vorführung und Vereidigung [1]), ad audiendum produci et jurari, monitorisch anberaumt. In demselben führt [2]) der Producent seine Zeugen dem Richter zu ihrer Vereidigung und ihrem Verhöre vor. An die etwa ausgebliebenen erbittet er sich eine geschärfte Vorladung [3]).

Der Vereidigung der Zeugen pflegt eine Ermahnung und eine Verwarnung vor Meineid voraufgeschickt zu werden [4]), sie selbst geschieht gemeinschaftlich oder der Einzelnen gesondert, in Gegenwart der Parteien [5]), die Vernehmung jedoch in deren Abwesenheit und mit jedem einzeln [6]).

Die Vernehmungspunkte sind allgemeine, generalia, und persönliche nach Namen, Stand und Alter, nach Verwandtschaft und Schwägerschaft, und besondere, specialia, nach den Artikeln des Producenten und der Interrogatorien des Produkten [7]), und über dasjenige, was der Richter außerdem zu erfragen sich veranlaßt sieht [8]). Die Antworten werden von dem Aktuar, wie sie gegeben werden, so viel als möglich, wörtlich, am sichersten in direkter Redeform, zu Protokoll genommen. Aenderungen oder Berichtigungen eines Zeugen werden, ohne etwas von dem Aufgezeichneten durchzustreichen, nachgetragen. Redet der Zeuge eine fremde Sprache, so wird ein, oder es werden zwei Dolmetscher zugezogen. Da

---

1) B. 1. Tit. 12. §. 5.

2) Nov. 90. c. 5: »... ut praesententur testes.« Durand. lib. 1. part. 4. de test. §. 3. n. 6: »... eos producat et judici repraesentet, et dicat: Domine, hos testes vobis praesento.«

3) Wie solche in c. Cum super. 2. C. Pervenit. 5. X. de test. cog. (2 21.) angegeben sind.

4) B. 1. Tit. 12. §. 3.

5) Nach c. Quotiens. 5. X. de test. (2. 20.) lautet der Eid: »... jurent, se non privato odio, neque amicitia, neque pro aliquo commodo, quod habuerint vel habent vel habituri sint, ad hoc jurandum inductos.« C. Licet. 47. c. f. X. eod.

6) B. 1. Tit. 12. §. 5.

7) C. Praesentium. 2. de test. in 6. (2. 40.): »... Testes etiam, quos super articulis ... duxerint producendos ... examines secundum partis adversae interrogatoria.«

8) C. Cum caussam. 27. X. de test. 2. 20.): »... testes ... diligenter examinare procures, et de singulis circumstantiis prudenter inquires, de causis videlicet, personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine cuncta plene conscribas.«

das Verhalten des Zeugen auf die Beurtheilung seiner Glaubwürdigkeit von Einfluß ist, so muß es ebenfalls bemerkt werden, namentlich, wenn der Richter nicht selbst das Verhör vornimmt [9]). Der Zeuge kann verlangen, daß ihm das Protokoll vorgelesen werde, um sich zu überzeugen, daß seine Aussagen richtig aufgefaßt worden sind, auch um sie zu vervollständigen und zu berichtigen [10]). Das Sicherste ist, es jedesmal vorzulesen und mit der Bemerkung der geschehenen Vorlesung unterzeichnen zu lassen. Um Einflüssen der Zeugen auf einander und der Parteien auf sie zu begegnen, pflegt jedem nach seinem Verhöre Stillschweigen über seine Aussagen [11]) auferlegt, zuweilen auch der Eid abgenommen zu werden [12]). Aus dem nämlichen Grunde werden die Verhörprotokolle vom Gerichte geheim gehalten und, wenn sie im Auftrage aufgenommen wurden, versiegelt.

9. Nach geschlossenem Zeugenverhöre wird zur Eröffnung der Protokolle, wenn sie versiegelt waren, und zur Publikation der Zeugenaussagen, depositiones, in Gegenwart der Parteien in dem dazu anberaumten Termine geschritten. Erscheinen sie nicht, so werden sie als anwesend und einverstanden betrachtet; sind sie erschienen, so müssen sie sich mit der Vornahme der Handlung, welche wichtige Folgen für ihr Beweisverfahren hat, einverstanden erklären [1]). Die Publikation geschieht

---

[9]) C. Constitutus. 3. X. de fidej. 3. 22.): »... depositiones eorum transmittentes inclusas significent, quanta fides possit instrumentis vel testibus adhiberi.« Durand. lib. 1. part. 4. de teste. §. 7. n. 5: »... ipso teste praesente et audiente dicet et scribi faciet per tabellionem, qui depositiones scribit, quod ipsum reputet vacillantem et hujusmodi ... Et ipse testis poterit etiam contradicere, quia ejus interest, cum ex hoc sit puniendus.«

[10]) B. 1. Tit. 13. §. 7. Not. 6.

[11]) Fr. Qui falso. 16. D. de test. (22. 5.) in c. Si testes. 3. §. 20. C. 4. Q. 2: »... Qui ... utrique parti prodiderunt, a judicibus competenter puniantur.«

[12]) Durand. l. c. §. 4. n. 2: »Quidam etiam addunt, et bene, quod nulli parti pandes testimonium tuum, donec publicatae fuerint attestationes ... Et hoc ideo, ne ex istorum dicto alii testes producendi subornentur.« Der Zusatz sollte nämlich in den Zeugeneid mit aufgenommen werden. Durantis fährt daher fort: »Si enim hoc non juret, licet post depositionem injungatur ei, in virtute praestiti juramenti, non tenetur ad hoc, cum hoc non juraverit.«

[1]) C. Constitutus. 30. X. de test. (2. 20.): »... sed procurator praedictus aperiendas eas non esse dicebat.« C. Cum J. et A. 22. X. de sent. et re jud. (2. 27.): »... depositionibus coram partibus minime publicatis.« Durand. lib. 1. part. 4. de teste. §. 14. pr.: »... dicit eis: vos produxistis testes vestros ... vultisne plures producere? ... Si vero responderint, quod non, tunc

durch Verlesung der Aussagen oder auch nur eines Stückes[2]), mit Angabe der Namen der Zeugen von jeder. Von dem Zeugenverhöre wird den Parteien auf Verlangen Abschrift ausgefertigt[3]).

10. Die angedeuteten Folgen der Publikation sind, daß über die nämlichen oder über direkt entgegengesetzte Artikel keine neue Zeugen mehr, und die früheren nicht wieder vernommen[1]), ferner, daß keine Einreden mehr gegen die Zeugen geltend gemacht werden können, wenn solche nicht vorbehalten waren, oder nicht erst später bekannt geworden sind[2]), da das verspätete Vorbringen den Verdacht gegen sich hat, daß es durch die nachtheiligen Aussagen veranlaßt sei[3]). Beide Folgen treten aber nur ein, wenn die Publikation vorschriftsmäßig, rite, mithin nach geschehener Vorladung, mit der Erschienenen Einwilligung und vor dem befugten Richter vor sich gegangen ist, und nicht, wenn das Bekanntwerden auf eine ungesetzmäßige oder gesetzwidrige Handlung, wie durch Verrath der Verhandlungen, erfolgte.

11. Ist ein Theil mit der Publikation nicht einverstanden, so kann eine neue Produktion anderer Zeugen, oder eine Reproduktion der schon verhörten über die schon verhandelten, oder auch neue, doch zum Beweissatze gehörige Artikel nicht verweigert werden. Die Verweigerung würde eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Beweisrechtes sein, wenn erst später zur Kenntniß und Einsicht gelangte Umstände von entscheidendem Einflusse auf das richterliche Urtheil sein, oder erst später bekannt gewordene Zeugen ein wichtiges Zeugniß ablegen könnten. Indessen kann auch hierin keine unbeschränkte Freiheit walten. Eine dreimalige Produktion wird dem Bedürfnisse genügen und ist gesetzliche

---

dicit judex: vos ergo renunciatis productioni testium in hac causa? Et si dicent: renuntiamus, et hoc redigatur in actis?«

[2]) Durand. l. c. §. 8. n. 1: ». . . si sunt multae attestationes vel prolixae, sufficit unam pro omnibus legere.«

[3]) Das: »Et omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita, quod originalia penes scriptores remaneant,« in c. Quoniam. 11. X. de prob. (2. 19.) gilt auch von den Zeugenverhören, und zwar um so mehr, weil die Parteien sie zu ihren fernern Handlungen bedürfen.

[1]) Clem. Testibus. 2. de test. (2. 8.): »Testibus rite receptis, et eorum attestationibus publicatis, sicut non licet super eisdem vel directe contrariis articulis alios vel eosdem testes . . . producere.«

[2]) C. Praesentium. 31. X. de test. (2. 20.)

[3]) Gl. ibid. v. juramento.

Regel [1]). Die Zulassung einer vierten [2]) ist durch eine gesetzliche Förmlichkeit, solemnitas [3]), bedingt, durch die Eidesleistung nämlich, daß der Producent von den Zeugenaussagen keine Kenntniß erhalten habe, und die Zeugen nicht in böser oder listiger Absicht, sondern nur darum vorführen wolle, weil er es nicht früher konnte.

12. Aus der Wichtigkeit des Gegenstandes erklärt sich, daß diese Beschränkung in Prozessen zur Auflösung einer ehelichen Verbindung [1]) und im Strafverfahren gegen schwere Verbrechen [2]) nicht statt findet. Sie kann auch den Richter nicht hindern, nach der Publikation die nämlichen Zeugen, wenn ihre Aussagen dunkel waren, oder auch neue von Amts wegen zu vernehmen [3]).

13. Bei der Beweisführung durch Urkunden muß der Producent im Produktionstermine die Originalien vorlegen. Handelt es sich dann um öffentliche Urkunden, so muß sich der Produkt über deren Anerkennung, Agnition, erklären. Seine Ausstellungen dagegen können sich nur auf ihre Aechtheit nach Ursprung und Inhalt beziehen, deren Prüfung ein Incidentverfahren und ein schließliches Interlokut nothwendig macht. Ueber die als vom Produkten selbst herrührend vorgelegten Privaturkunden muß er sich ebenfalls erklären, Recognition. Leugnet er die Ausstellung, so muß der Producent die Aechtheit beweisen [1]). Erkennt er sie

---

[1]) C. In caussis. 15. X. de test. (2. 20.): »In caussis ecclesiasticis et civilibus ultra tertiam productionem non debent testes produci, nisi adhibita quadam solemnitate, quae in legibus invenitur expressa.«

[2]) C. Significaverunt. 36. in f. X. eod: » . . . nisi forte judices quartam productionem negaverint pro eo, quod voluerint effrenatam multitudinem testium refrenare.«

[3]) Sie ist in Nov. 90. c. 4. angegeben und daraus in c. Ultra tertiam. 55. X. eod. fast wörtlich so aufgenommen: »nisi praestito ab eo, qui hoc postulat, juramento, quod neque per se, neque per alium testificata subtraxerit, vel fuerit percunctatus, nec per dolum aut artem aliquam quartam productionem exposcat, sed quia, quos desiderat de novo producere, prius habere nequivit.«

[1]) C. Cum in tua. 44. in f. X. de test. (2. 20.): » . . . Nec eo possent praetextu repelli, quod partes testificata didicerant, cum talis exceptio locum non habet in hoc casu.« C. Series. 26. X. eod.

[2]) Fr. Unius. 18. §. 9. D. de quaest. (48. 18.)

[3]) C. Cum clamor. 53. X. de test.: » . . . deposuere . . . confuse . . . examinetis eos iterum.« Gl. v. deposuere. C. Grave. 74. C. 11. Q. 3. C. Judicantem. 11. C. 30. Q. 5.

[1]) Der Diffidationseid des deutschen Prozesses, Thib. Syst. des R. R. §. 1181 ist im kanonischen nicht gangbar. Die Glosse zu Nov. 18. c. 8. versteht die Stelle nur von einem deferirten Eide, findet also darin keinen besondern Eid.

zwar an, behauptet aber eine Fälschung oder eine Simulation, so liegt ihm der Beweis ob. Ein gleiches Verfahren findet statt, wenn die Urkunden von Andern herrühren, zu denen er aber in Verhältnissen steht, aus welchen eine Verpflichtung für ihn durch sie entspringt; nur muß diese Beziehung, wenn sie in Abrede gestellt wird, von dem Producenten bewiesen werden. — Besitzt der Producent die Urkunde nicht selbst, sondern der Produkt, oder ein Dritter; so muß er, wenn der Besitzer zur Edition verpflichtet ist [1]), ein Editionsgesuch einreichen und eine Erweiterung des Produktionstermines erwirken, bis die Edition erfolgt ist.

Wenn die Urkunde verloren gegangen, so muß sie, wo es zulässig ist, durch andere Mittel ersetzt werden, wofern sie nicht durch die Schuld des Produkten verloren ging. Denn dann gilt die Vermuthung gegen diesen [2]).

In Betreff der Beweisaufnahme durch Augenschein und Sachverständige ist nichts Besonderes zu erinnern. Die Ausführung geht nnter Berücksichtigung der gesetzlichen Erfordernisse vor sich [3]), worüber denn ein Protokoll aufgenommen wird.

Vor Ableistung des deferirten Eides nach dem festgestellten Inhalte [4]) hat der Deferent noch den Calumnieneid zu leisten [5]). Ist der Eid referirt worden, so wird der Referent monitorisch zum Anwohnen bei der Ableistung, ad videndum jurari, der Relat oder der Deferent hingegen peremtorisch bei Strafe, daß der Eid als verweigert gelte, vorgeladen.

Wie von den Akten über das publicirte Zeugenverhör [6]), wird beiden Theilen auch von denen über diese Beweisaufnahmen Abschrift mitgetheilt [7]), und zwar dem Produkten mit der Auflage, seinen Gegenbeweis binnen einer angemessenen und bestimmten Frist anzutreten [8]).

14. Die Bekämpfung des Ergebnisses der Beweisaufnahme ist nun die nächste Aufgabe des Produkten. Diese **Beweisanfechtung** kehrt sich gegen die erbrachten Beweismittel und gegen die Beweisartikel selbst

---

[1]) B. 1. Tit. 13. §§. 8. 9.

[2]) Ibid. §. 10.

[3]) Ibid. Tit. 15.

[4]) B. 1. Tit. 14. §. 7.

[5]) Ibid. §. 3.

[6]) §. 9. Not. 3.

[7]) C. Quoniam. 11. X. de prob. (2. 19.): »... testium depositiones, instrumentorum productiones ... omnia sic conscripta partibus tribuantur.«

[8]) C. Licet. 9. X. eod.

und ist der eigentliche Gegenbeweis. Außer diesem sind ihm seine peremtorischen Einreden, deren Nachweis auch Gegenbeweis genannt wird, noch offen geblieben. Er kann sie zwar schon jetzt mit vortreten lassen, muß es aber nicht, und kann in diesem Rechte auch nicht vom Richter verkürzt werden. Denn der eigentliche Gegenstand des Streites ist der Antrag, intentio, des Producenten; wenn dieser ihn nun nicht begründen kann, so kann nicht darnach erkannt werden, wenn auch der Produkt nichts für sich bewiesen, sondern nur die Abwehr des Angriffes durchgesetzt hat. Erachtet er es als seinem Interesse entsprechend, mit den Einreden vorzutreten, so ist es ihm unverwehrt; doch bleibt ihm dieses Recht auch noch nach dem Schlusse der Verhandlungen und nach den Disputationen bis vor dem richterlichen Spruche [1]). Sind sie indessen auch mit aufgenommen, so werden sie doch nicht mit den Verhandlungen über die Beweisaufnahme verbunden.

15. Was zur Anfechtung der Zeugen als Beweismittel einzuwenden war, mußte vor der Publikation ihrer Aussagen geltend gemacht werden und kann jetzt nur zulässig sein, wenn es früher vorbehalten war; die Bekämpfung anderer Beweismittel hingegen blieb unbeschränkt. Eben so unbeschränkt ist die Anfechtung des Inhaltes der Beweismittel geblieben.

Gegen die Beweismittel des Producenten ferner konnte der Produkt bei der Aufstellung seiner Interrogatorien direkt entgegengesetzte aufstellen, auch konnte er es später noch thun; vermochte er sie aber nur durch Zeugen zu beweisen, so mußte die Antretung vor der Publikation der Verhöre geschehen [1]). Bei der Aufstellung von indirekt entgegengesetzten Artikeln ist er dieser Beschränkung nicht unterworfen. Er kann sie auch jetzt noch durch Zeugen nachweisen. Hierbei kommt es denn

---

[1]) C. Si quidem. 9. C. de exc. (8. 36.): »Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est . . . Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione tunc demum, cum intentionem secundum assertionem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.« C. Peremptorias. 2. C. sent. rescind. non poss. (7. 50.) »Peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse . . .« — In c. Cum venerabilis. 6. pr. X. de exc. (2. 25.) wird von dem Produkten gemeldet: »Idem, nondum episcopi intentione fundata, praepropere sic respondit,« indem er seine peremtorischen Einreden vorbrachte. Gl. zu c. Exceptionem. 12. X. eod. v. in dilatoriis: ». . . Exceptio vero peremptoria proponi potest quandocunque ante sententiam, sive etiam antequam sit in causa conclusum, et potest etiam proponi ante litis contestationem.« Gl. zu c. Pastoralis. 1. X. eod. v. Dilatoriae.

[1]) §. 10. Not. 1.

darauf an, was im Sinne des Gesetzes als direkt und indirekt entgegengesetzt zu denken ist.

Als direkt entgegengesetzt bezeichnet die Glosse[2]): Legitimität und Illegitimität, Gegenwart und Abwesenheit, also einander Widersprechendes; ferner: Raserei und Verständigkeit, freies und unfreies Handeln, also Widersteitendes, einander so Entgegengesetztes, daß nicht bloß das Eine aufgehoben, sondern auch ein Anderes ausgesagt wird, contrarium. Direkt entgegengesetzt ist mithin jede Verneinung eines Satzes und jede Behauptung eines Gegensatzes. Als Beispiel eines indirekt Entgegengesetzten führt die Glosse an: die Anwesenheit eines Zeugen an einem andern Orte zur nämlichen Zeit, wo er anderswo bei einer Thatsache sollte zugegen gewesen sein. Hier lautet der Beweissatz auf die Anwesenheit an jenem, und nicht auf die Abwesenheit von diesem Orte, und aus jener wird diese erst gefolgert, daher nicht ein direkt oder unmittelbar Entgegengesetztes behauptet. Die Nachweise von Sätzen beider Arten bilden den eigentlichen Gegenbeweis.

16. Was der Produkt zur Beweisanfechtung gegen die Beweisaufnahme und ihren Inhalt, oder zugleich auch als uneigentlichen Gegenbeweis für seine Exceptionen in seiner Impugnations- oder Exceptionsschrift vorbringt, muß er ebenfalls beweisen, wobei denn das angegebene Beweisverfahren einzuhalten ist.

Gegen das durch diese Beweisaufnahme gewonnene Ergebniß steht aber dem ersten Producenten in gleicher Weise der Angriff in seiner Replik offen, die wieder ein Beweisverfahren und eine Duplik des ersten Produkten herbeiführen kann. Und in diesen und in den noch fortgesetzten Kämpfen sind beide Theile unbeschränkt, bis sie alle ihnen zu Gebote stehende Vertheidigungsmittel erschöpft haben. Nur in Beziehung auf die Beweisführung durch Zeugen besteht in so fern eine Beschränkung, als beim Zeugenbeweis über den Hauptstreit, principale negotium, nur drei Zeugenproduktionen zuläßig sind, so, daß gegen die Angriffszeugen nur noch die Gegenzeugen des Producenten gehört werden[1]). Man pflegt dies so auszudrücken: »reprobatio reprobationis non datur.«

---

[2]) Gl. zu Clem. Testibus. 2. de test. (2. 8.) v. directo.

[1]) C. Licet dilectus. 49. X. de test. (2. 20.): »... receptis testibus, quos contra personas productorum super principali negotio partes duxerint producendos. Quos si rursus pars altera vel utraque voluerit reprobare, contra illos probationes admittere procuretis, ita, quod ultra non liceat partibus ad reprobationem testium adspirare.« Gl. in cas: »Nota, duas reprobationes testium fieri posse, et non ultra.«

17. Durch die gegenseitigen Verhandlungen ist festgestellt, was der eine Theil für seine Anträge, und der andere gegen sie vorzubringen vermochte, so, daß nun zu der Schlußhandlung durch die beiderseitigen Disputationen oder Allegationen in einem bestimmten Termine geschritten werden kann. Das Ziel derselben ist die Nachweise, daß durch das Erbrachte der erforderliche Beweis, oder aber der Gegenbeweis geliefert sei, und damit denn die Vermittelung der Ueberzeugung des Richters von dem wirklichen Rechte. Dasselbe wird aber am sichersten durch ein klares und leichtfaßliches Vorführen der gewonnenen Beweismomente und ihrer Beziehung zu den zu erhärtenden Sätzen erreicht.

Bei weitläuftigen Zeugenverhören ist im kanonischen Prozesse die Zusammenstellung der Beweisartikel mit den einschlägigen Zeugenaussagen ein althergebrachtes Erleichterungsmittel. Es werden nämlich nicht bloß von den Advokaten der beiden Parteien in deren Interesse, sondern auch von Gerichts wegen werden zur Erleichterung für den Richter die Beweisartikel auf ein besonderes Blatt, von einander getrennt, aufgeschrieben, ein jeder mit einem eigenen Zeichen versehen, dann wird jede für oder gegen ihn sprechende Aussage mit dem nämlichen Zeichen bemerklich gemacht und zu jedem Artikel angegeben, welche Zeugen und an welcher Stelle sie unter dem nämlichen Zeichen dafür oder dagegen aussagten. Eine solche Aufstellung eines Artikels mit den Bemerkungen heißt eine rubrica, deren es denn bei jedem Beweise mehre geben kann [1]. Rubrica ist die rothe Thonerde, die zum Anbringen solcher Zeichen gebraucht zu werden pflegt, der Röthel, wovon denn auch ein so mit Hinweisungen aufgestellter Artikel im Deutschen mit gleichem Rechte ein Röthel genannt werden könnte, woher sich der Rotulus [2]) im deutschen Prozesse wohl ableiten ließe.

18. Die Disputationen und Allegationen sind bei den Kanonisten überhaupt, insbesondere aber als Schlußerörterungen beim Beweisverfahren gleichbedeutend. Hiervon sagt Alexander III. [1]): »Et super dictis testium

---

[1]) Durand. lib. 1. part. 4. de teste. §. 9.

[2]) Im J. R. A. von 1654. §. 52. ist der Gebrauch des Rotulus vorgeschrieben und die Anfertigung genauer dahin bestimmt, daß die Zeugenaussagen neben die Artikel geschrieben werden. Bei den Rubriken im kanonischen Prozesse ist das nicht vorgeschrieben, doch wäre es, wo deren entworfen werden, zweckmäßiger und vorzuziehen.

[1]) C. In caussis. 15. X. de test. (2. 20.). Cfr. Nov. 90. c. 4. 7. 9. Auth. tes. C. Quoniam. 11. C. de test. (4. 20.)

cum fuerint publicata, publice potest disputari«, Innocenz III. dagegen [2]): »auditis, quae de facto et de jure allegata, plenius etiam pro utralibet partium curavimus allegare.« Die Gesetze erwähnen der Disputationen zwar nur in Beziehung auf den Zeugenbeweis; doch geben sie keine Andeutung zu ihrer Beschränkung darauf, und aus der Natur der Sache läßt es sich im Allgemeinen nicht erkennen, daß sie bei andern Beweismitteln unanwendbar und unzulässig seien. Inhalt und Abfassung derselben werden durch ihren angedeuteten Zweck bestimmt.

Die erste Disputation trägt der angreifende Theil in einem besondern Schriftstücke vor, das dem andern Theile abschriftlich übergeben wird, um seine Gegengründe vorbringen zu können. Haben beide Theile kein Mittel mehr zur Vertheidigung ihres Rechtes, so erklären sie schließlich, auf weitere Allegationen verzichten, renuntiare, und schließen zu wollen, concludere [3]), oder der Richter fordert sie, wenn sie es unterlassen, dazu auf, oder beraumt ihnen eine Frist dafür an und verfügt nach deren Ablauf Aktenschluß [4]), conclusio in causa.

19. Die Folge dieses Schlusses ist für beide Theile, daß sie später keinerlei Beweismittel und Einreden mehr vorbringen können und zu keiner weiteren Erörterung zugelassen werden [1]). Der Richter kann indessen aus einem wichtigen Grunde auf Bitten des Betheiligten den

---

[2]) C. Bonae. 3. X. de postul. (1. 5.). Nov. 115. c. 2. Auth. Jubemus. C. Judices. 9. C. de jud. (3. 1.)

[3]) Nov. 90. c. 4: ». . . postea mox ut concluserint.« C. Quoniam. 11. X. de prob. (2. 19.): ». . . renuntiationes et conclusiones.« C. Auditis. 8. X. de procur. (1. 38.): ». . . cum . . . fuisset super eisdem processibus hinc inde conclusum.« C. Pastoralis. 5. X. de caus. poss. (2. 12.): »... antequam renunciatum sit aut conclusum.« C. Cum Joannes. 10. X. de fid. instr. (2. 22.): ». . . antequam a partibus exstitit in causa conclusum.«

[4]) Nov. 115. c. 2. Auth. Jubemus. C. Judices. C. de jud. (3. 1.). Clem. Saepe. 2. de V. S. (5. 11.): ». . . etiam, si ei videbitur, conclusione non facta,« beim summarischen Verfahren nämlich. Die Glosse bemerkt dazu v. conclusione: »ista littera videtur velle, quod in aliis causis requirentibus figuram judiciorum necessaria sit conclusio,« sodann weiter: »Communiter in saecularibus foris apud nos non fit conclusio, in ecclesiasticis fit per partes. Item ipsis, vel altera illarum invita, ex quo sufficientes dilationes datae essent et elapsae, pronuntiaret judex conclusum in causa.«

[1]) C. Auditis. 8. X. de procur. (1. 38.). C. Pastoralis. 5. X. de caus. poss. (2. 12.). C. Quoniam. 11. de prob. (2. 19). et Gl. v. renuntiationes. C. Cum dilectus. 9. X. de fid. instr. (2. 22.) et gl. v. conclusum.

Schluß wieder aufheben[2]). Den Richter selbst hindert auch der Schluß nicht, noch Nachfrage zu halten und Beweise anzunehmen[3]).

Vierter Titel.

Klage. Kläger und Verklagter. Vertreter.

1. Nach Beendigung des Beweisverfahrens erfolgt das Urtheil und dessen Publikation nebst Exekution von denen früher gehandelt worden ist[1]). So kann denn hier die Besprechung der einzelnen Punkte, die mit dem ordentlichen Gerichtsverfahren in naher Verbindung stehen, angeschlossen werden. Sie betreffen vorzüglich die Klage selbst, die dabei betheiligten Personen und ihre Vertretung[2]).

Verschiedene Bedeutungen, in denen das Wort Klage, actio, gebraucht wird, sind schon erwähnt worden[3]); die wichtigste ist hier diejenige, in welcher es in dem Inhalte der Klageschrift den gerichtlichen Antrag auf richterlichen Schutz eines gekränkten Rechtes bezeichnet. Da dieser Antrag seinem eigentlichen Gehalte nach nicht eine lediglich gefällige Dienstleistung Seitens des Richters bezielt, sondern ihn zur Amtsthätigkeit Behufs Erwirkung des nöthigen Rechtsschutzes gesetzlich verpflichtet, so kann er auch als eine Aufforderung an die richterliche Gewalt zum Einwirken und mit dem Erfolge der gerichtlichen Thätigkeit in der angegebenen Richtung aufgefaßt werden. Und in dieser Hinsicht ist denn die Klage, objektiv betrachtet, auch ein Rechtsmittel zur Herbeiführung des gerichtlichen Schutzes[4]). Von diesem Rechtsmittel

---

2) C. Pastoralis. 5. X. de caus. poss. (2. 12.): »... His igitur et aliis causis inspectis, quae continent aequitatem aut juste moverint animum judicantis, postquam etiam conclusum fuerit, posse agi possessorio judicio non negamus.« C. Per suas. 48. in f. X. de test. (2. 20.)

3) C. Cum Joannes. 10. X. de fid. instr. (2. 22.)

1) B. 1. Tit. 18.

2) T. 2. §. 1.

3) T. 1. §. 3. Not. 3. 4. T. 2. §. 2.

4) Fr. Nemo. 43. §. 1. D. de R. J. (50. 17.): »Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.« Fr Factum. 155. §. 1. D. eod. §. Omnium. 1. J. de act. (4. 6.): »... actionum, quibus inter aliquos apud judicem arbitrosve de quacunque re quaeritur.... proditae actiones in rem sunt.«

kann aber nicht beliebig Gebrauch gemacht werden, sondern er setzt Seitens des Subjektes eine Berechtigung dazu, wie das Gesetz sie erfordert, voraus. Und in so fern kann die Klage subjektiv und als ein Recht auf gerichtliches Geltendmachen seiner Ansprüche [5]) gedacht werden.

2. Von den Klagen als Rechtsmitteln genügt es hier, die Arten übersichtlich anzugeben. Sie sind nämlich, je nachdem die Intention auf eine Sache, auf ein Realrecht, in rem, oder gegen eine Person, in personam, wegen einer Forderung gerichtet ist, Real- oder Personalklagen [1]), wovon die ersteren auch Vindicationen oder petitorische Klagen genannt werden [2]). Dingliche petitorische Klagen sind auch die auf die Zuständigkeit einer Servitus gerichteten [3]). Sie gehen gegen den Besitzer der Sache auf Anerkennung ihrer Dienstbarkeit, confiteri, und sind confessoriae; ihnen gegenüber kann der Eigenthümer der Sache ihre Freiheit behaupten und die Dienstbarkeit bestreiten, negare, und eine Negatorienklage anstellen, act. negatoria [4]). Die dinglichen Klagen sind immer reipersecutorische, act. reipersecutoriae, die persönlichen sind es auch, wenn sie den Erwerb einer Sache bezwecken [5]). In so fern Klagen, wie die Erbschaftsklage, sich neben dinglichen Rechten auch auf Forderungen beziehen können, sind sie gemischte, act. mixtae [6]). Die aus delikten entspringenden persönlichen Klagen sind rein reipersecutorische, in so fern sie auf dingliche Rechte durch Schadensersatz abzielen; einige von ihnen verfolgten einen erhöhten oder vervielfachten Ersatz als Strafe und heißen poenales, andere aber verfolgten neben dem Ersatze noch eine Privatstrafe und waren in dieser Rücksicht gemischte, act. mixtae [7]), nämlich rei persecutoriae und poenales, Klagen. Diejenigen, welche sich auf den Besitz beziehen, werden possessorische genannt. Unter den

---

[5]) Pr. J. eod: »Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.« Fr. Nihil aliud. 51. D. de oblig. et act. (44. 7.)

[1]) §. Omnium. J. de act. Fr. Pecuniae. 178. §. 2. D. de V. S. (50. 16.)

[2]) §. Appellamus. 15. J. de act. Fr. Pecuniae. 178. §. 2. D. de V. S. Fr. Actionum. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

[3]) §. Aeque si agat. 2. J. de act.

[4]) Fr. De servitutibus. 2. pr. §. 1. Fr. Si cum meus. 14. §. 1. D. Si servit. vind. (8. 5.) Fr. Etsi frui. 5. pr. D. si ususfr. pet. (7. 6.)

[5]) §. Rei persequendae. 17. J. de act.

[6]) §. Quaedam actiones. 20. J. eod. Fr. Item Labeo. 22. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.). Fr. Post hoc. 4. §. 3. D. comm. divid. (10. 3.)

[7]) §. Ex maleficiis. 18. §. Vi autem. 19. J. de act.

persönlichen gibt es einige, die condictiones hießen [8]), von deren eigentlichen Bedeutung eine tiefer eingehende Erörterung hier ohne Nutzen sein würde. Nach der Zeit, binnen welcher Klagen gesetzlich geltend gemacht werden müssen, werden sie auch temporelle und immerwährende, temporales, perpetuae [9]), genannt, worüber das Nähere später anzugeben ist.

3. Die Klage hat erst als Klageberechtigung praktischen Werth, und zwar als eine concrete und nicht als eine allgemeine und abstrakt gedacht. Im Allgemeinen entspricht jedem Rechte eine Klage mit Klageberechtigung, damit aber nicht auch schon eine solche, die thatsächlich könnte zur gerichtlichen Geltung gebracht werden. Mit dem Eigenthumsrechte ist sofort auch das entsprechende Klagerecht zuständig, als Berechtigung auf gerichtlichen Schutz im Allgemeinen genommen, die concrete und thatsächliche Schutzberechtigung tritt aber erst mit der wirklichen Kränkung des Eigenthums ein, oder mit ihr entspringt die Klage, actio nascitur, wie es bezeichnet zu werden pflegt, und sie entspringt dann nicht nur aus einer Verletzung [1]), sondern auch aus jeder rechtswidrigen Beeinträchtigung, sei es durch Entziehung, durch Vorenthalten und Ableugnen. Das gestellte Unterpfand muß zurückgegeben und kann zurückgefordert werden, doch dann erst, wenn die Schuld bezahlt ist [2]), und dann erst entspringt aus dem Vorenthalten das Klagerecht. Hier entspringt die Klageberechtigung unmittelbar aus der Rechtsverletzung, sobald eine solche wirklich eingetreten ist; bei Forderungen geht sie aus diesen selbst hervor, sobald eine solche wirklich zu Stande gekommen ist und nicht spezielle Umstände oder Verabredungen ihr völliges Zustandekommen hindern oder verschieben. Ist eine Leistung in einer spätern Zeit vereinbart oder von dem Eintreten eines Umstandes abhängig gemacht, so besteht, wenn auch dieser gewiß eintreten wird, doch noch keine Verpflichtung zur Leistung, sondern erst später, und mit ihr denn auch das Klagerecht [3]). So hängt

---

[8]) §. Appellamus. 15. J. eod: »... nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit, dari sibi oportere.«

[9]) Pr. J. de perp. et temp. act. 4. 12.)

[1]) Fr. Item quamvis. 10. pr. D. comm. divid. (10. 3.): »... praestet, si quid ... admisit ... quo nomine legis aquiliae actio nascitur.« Fr. Nam etsi. 18. pr. D. de reb. cred. (12. 1.): »... consumtis eis (nummis) nascitur condictio. Fr. Servi. 17. §. 1. D. de furt. (47. 2.)

[2]) Fr. Si rem. 9. §. 3. D. de pigner. act. (13. 7): »Omnis pecunia exsoluta esse debet, ... ut nascatur pigneratitia actio.«

[3]) Fr. Non quemadmodum. 35. D. de jud. (5. 1.): »... neminem puto

die Rückforderung der Dos von der Trennung der Ehe ab [4]), und es kann überhaupt ein Verpflichtetsein, debere, vorhanden sein, ohne daß auch schon ein Forderungsrecht der Leistung damit verbunden ist [5]).

4. Bei jeder Klage ist nur derjenige der Klageberechtigte und der Kläger, dem das beanspruchte Recht als dessen Eigenthümer zugehört, derjenige der Verklagte, der zur Erfüllung des Anspruches verpflichtet ist. Die Vindikation oder andere dingliche Klagen richtet der Eigenthümer, oder wem ein Sachenrecht zusteht, gegen den Besitzer [1]), persönliche Klagen erhebt der Berechtigte gegen den Verpflichteten, und bei den drei Theilungsklagen ist jeder Betheiligte den Andern gegenüber berechtigt und verpflichtet, weßhalb Jeder Kläger und Verklagter werden kann [2]). Wer von ihnen zuerst den Antrag stellt, muß als Kläger gelten [3]), und stellen sie ihn gemeinschaftlich, so pflegt das Loos ihn zu bestimmen [4]).

5. Das eben Bemerkte schließt auch schon ein, daß man nur in eigenen, nicht in fremden Sachen Kläger oder Verklagter sein kann. Die Verhandlungen von Unbefugten würden für die Betheiligten ohne Einfluß bleiben [1]). Wer ferner als Verklagter sowohl, wie als Kläger, auftritt, muß zu den gerichtlichen Handlungen befähigt sein, für sich zu postuliren [2]), und außerdem über seine Rechte selbstständig und frei verfügen können. Hierin sind die Minderjährigen beschränkt. Vor zurückge-

---

dubitaturum, ... accipi ... judicium ... antequam aliquid debeatur, non posse.«

[4]) C. Cum notissimi. 7. §. 4. C. de praescr. XXX. vel act. ann. (7. 39.). C. In rebus. 3. C. de jure dot. (5. 12.)

[5]) Fr. Cedere. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.): »Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam, venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit.« Fr. Non tamen. 9. D. ut legat. vel fideic. serv. caus. caveatur. (36. 3.): »... deberi enim dicimus, et quod die certa praestari oportet, licet dies nondum venerit.«

[1]) §. Omnium. 1. J. de act. (4. 6.): »... si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmat.« C. Certi. 9. C. de haered. (4. 39.)

[2]) Fr. Mixtae. 37. §. 1. D. de obl. et act. (44. 7.): »... in quibus uterque actor est.« Fr. Per familiae. 2. §. 3. D. fam. ercisc. (10. 2.). Fr. Judicium. 10. D. comm. divid. (10. 1.)

[3]) Fr. In tribus. 13. D. de jud. (5. 1.)

[4]) Fr. Sed cum ambo. 14. D. eod: »... sorte res decerni solet.«

[1]) Fr. Modestinus. 10. D. de except. (44. 1.): »... res inter alios judicata aliis non obest.« Fr. Cum res. 1. D. de exc. rei jud. (44. 2.). C. Res inter alios. 2. C. quib. res jud. non nec. (7. 56.)

[2]) B. 1. Tit. 4. §. 11.

legtem siebenzehnten Lebensjahre können sie nicht postuliren, und da mit dem vierzehnten oder zwölften Jahre die Tutel aufhört, so muß für sie bei einem Prozesse ein Curator bestellt werden [3]), bis sie großjährig geworden sind. In der Kindheit handelt der Tutor für sie und bestellt einen Aktor [4]), später kann er sie, bis sie mündig geworden sind, unter seinem Beistande, sua auctoritate, handeln lassen [5]). Ein Kläger kann gegen den bestellten Curator auftreten, oder auch den Mündigen vorladen, daß er mit Einwilligung des Curators den Prozeß antritt [6]). Alle Verhandlungen, die ohne den Schutz des Tutors oder des Curators vorgenommen werden, sind, wenn sie dem Minderjährigen nachtheilig sind, ungültig [7]). In geistlichen, in Beneficial- und in andern damit zusammenhängenden Sachen kann der Minderjährige, der mündig geworden ist, selbst als Kläger oder Verklagter handeln, oder sich einen Vertreter bestellen; früher aber wird ihm vom Richter ein Vertreter, curator ad litem, bestellt, oder er bestellt unter richterlichem Beistande, auctoritate, nach zurückgelegtem siebenten Jahre selbst einen solchen [8]).

So lange ferner Kinder noch unter väterlicher Gewalt stehen, können sie nicht selbstständig handeln, daher in der Regel nicht ohne Einwilligung des Vaters als Kläger auftreten [9]), wohl aber verklagt [10]) werden. Die Ausnahmen betreffen die Pekulien, worüber sie verfügen können, die castrensia und quasicastrensia, das Depositum und Commodatum, erlittene Gewalt und Injurien, gegen welche sie auch als Kläger handeln können [11]). In geistlichen, in Beneficial- und andern dazu gehörigen

---

[3]) §. Item inviti. 2. J. de curat. (1. 23.). C. In universis. 11. C. qui dare tutores. (5. 34.)

[4]) C. Neque tutores. 11. C. de procur. (2. 13.). ».... actorem constituere debent.« §. Quod si tutor. 6. J. de curat. (1. 23.)

[5]) Fr. Gerere. 1. §. 2. D. de admin. et peric. (26. 7.). C. Si cum esses. 1. C. In rebus. 2. C. qui legit. person. standi in jud. 3. 6.). C. Neque tutores. 11. C. de procur. 2. 13.): ».... adultus vel adulta ... tutore vel curatore interveniente, procuratorem ordinare possunt.«

[6]) Fr. Gerere. 1. §. 3. D. de admin. et peric. (26. 7.)

[7]) Fr. Acta. 45. §. 2. D. de re jud. (42. 1.). C. Non eo minus. 14. C. de procur. (2. 13.). C. Si Praeses. 6. C. quom. et quando. (7. 43.)

[8]) C. Si annum. 3. de jud. in 6. (2. 1.). C. Ex parte. 14. X. de rest. spol. (2. 13.)

[9]) Fr. Filius familias. 9. D. de obl. et act. (44. 7.)

[10]) Fr. Tam ex contractibus. 57. D. de jud. (5. 1.). Fr. Filius familias. 39. D. de obl. et act. (44. 7.)

[11]) Fr. Filius familias. 8. pr. D. de procur. (3. 3.). Fr. Julianus. 19. D. depos. (16. 3.). Fr. Filius familias. 9. cit. D. de obl. et act. (44. 7.). Fr.

Sachen findet obige Beschränkung ebenfalls nicht Statt[12]). In einem der väterlichen Gewalt analogen Verhältnisse stehen Ordensleute ihren Obern gegenüber und können ohne deren Erlaubniß auch in eigenen Sachen weder als Kläger, noch auch als Verklagte auftreten[13]).

6. Der Excommunicirte kann zwar gerichtlich belangt werden, allein keine gerichtliche Anträge selbst, sondern nur durch einen Vertreter[1]), stellen und nicht Kläger[2]), auch nicht durch einen Vertreter[3]), werden. Gegen ihn kann nicht bloß der Verklagte excipiren, sondern der Richter muß ihn abweisen, wenn er ein vitandus ist. Ist er dieses nicht, so hört zwar für den Richter die Pflicht zum Abweisen auf, doch bleibt dem Verklagten noch das Recht der Einrede. Das Verbot ist gegen ihn zur Strafe und zu seinem Nachtheile erlassen, ohne daß jedoch die gerichtlichen Handlungen selbst als ungültig erklärt sind. Verhandelt er daher ohne Widerrede, so ist das Ergebniß gültig, doch kann die Ausführung suspendirt werden[4]). Gegen seine eigene Exkommunikation kann er zwar die Richtigkeitsbeschwerde erheben, wegen ihrer Ungerechtigkeit aber erst nach vorgängiger Absolution Berufung einlegen[5]).

7. Vermöge der Personeneinheit in Folge der väterlichen Gewalt[1]) können Kinder gegen ihre Eltern, und umgekehrt, nicht klagbar werden, als wegen der jenen frei zustehenden Pekulien[2]) und wegen der Unter-

---

Lex Cornelia. 5. §. 6. D. de injur. (47. 10.). Gl. zu c. Si annum. 3. de jud. in 6. v. regulariter.

12) C. Si annum. 3. cit. in f. de jud. in 6.

13) 1. B. 4. T. §. 11. Durand. lib. 1. part. 2. de actore. n. 18: »... monachus vel canonicus regularis vel alius alterius obedientiae suppositus, qui non potest nomine suo agere vel conveniri sine consensu patris et abbatis licentia.«

1) C. Intelleximus. X. de jud. (2. 1.): ». . . conveniri potest et respondere debet per alium.«

2) C. Decernimus. 8. de sent. exc. in 6. (5. 11.): ». . . judices saeculares . . . repellere excommunicatos ab agendo . . . compellantur.« C. Pia consideratione. 1. de except. in 6. (2. 12.)

3) C. Quod alieni. 67. de R. J. in 6. (5. 13.)

4) Gl. zu c. Pia consideratione. 1. de except. in 6. (2. 12.) v. repellere: »Si duret judicium, si autem est finitum, ab executione poterit abstinere.«

5) C. Cum contingat. 36. X. de off. del. (1. 29.)

1) C. Si quis duobus. 11. C. de instit. et subst. (6. 26.)

2) Fr. Lis nulla. 4. D. de jud. (5. 1.). C. Qui in potestate. 3. C. de in jus voc. (2. 2.): ». . . Quod et in matris persona observandum est.« Gl. ibid. in cas. u. v. matris.

haltung, die sie sich vermöge natürlicher Pflicht schuldig sind [3]. Die Anstellung entehrender Klagen gegen die Eltern widerstreitet der Pietät und ist unzulässig [4].

Entehrende Klagen dürfen auch Eheleute, so lange die Ehe besteht, nicht gegen einander anheben [5].

8. Wer, die gesetzliche Zulässigkeit einer Klage vorausgesetzt, nicht als Kläger, oder als Verklagter eines gesetzlichen Hindernisses wegen auftreten darf, muß sich durch Andere können vertreten lassen [6], womit schon gegeben ist, daß sie dazu nicht gezwungen können werden [7]. Der bestellte Vertreter heißt, wie in gewöhnlichen Geschäften, procurator, Bevollmächtigter, im Prozesse gewöhnlich Anwalt, auch Gewalthaber. Ein ohne Auftrag für den abwesenden Verklagten Handelnder wird Vertheidiger, defensor [8], genannt. Wer sich vertreten läßt, pflegt der Gewaltgeber, der Herr, dominus [9], auch principalis genannt zu werden. In einem Prozesse können für Einen auch mehre Prokuratoren [1] bestellt werden, und nicht bloß, wenn Mehre als Kläger oder Verklagte zu handeln haben [2].

Die Bestellung geschieht durch eine ausdrückliche, mündliche oder schriftliche, Erklärung; sie kann auch, wie jedes Mandat, stillschweigend vor sich gehen. Durch die Annahme des Auftrages entsteht zwischen Beiden, so wie gegen Dritte und zu dem Objekte des Auftrages, dem Prozesse, ein Rechtsverhältniß, wie durch das Mandat, so daß, was von

---

3) Fr. Si quis. 5. pr. §. 1. D. de agn. et alend. lib. (25. 3.). C. Parentum. 1. C. Competens judex. 2. C. Si competenti. 3. C. de alend. lib. (5. 25.)

4) Fr. Honori. 2. pr. D. de obs. parent. et patr. praest. (37. 15.): »Honori parentum et patronorum tribuendum est, ut . . . nec actio de dolo aut injuriarum in eos detur.« Fr. Parens. 4. pr. §. 1. D. eod.

5) Fr. Nam in honorem. 2. D. de act. rer. amot. (25. 2.)

6) Fr. Procurator. 1. §. 2. D. de proc. (3. 3.): » . . . qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possint vel agere, vel conveniri.« C. In pecuniariis. 25. C. eod. (2. 13.). C. Juris esse. de jud. in 6. (2. 1.)

7) C. Querelam. 2. X. de procur. (1. 38.): » . . . cum non possit quis cogi, nisi velit, in gravibus causis procuratorem constituere.«

8) Fr. Servum. 33. §. 2. D. de procur. 3. 3.): »Publice utile est, absentes a quibuscunque defendi.« Fr. Pomponius. 40. §. 2. D. eod.: » . . . qui quasi defensor in rem actione convenitur.«

9) Fr. Procurator. 1. pr. D. eod.: »Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.«

1) Fr. Pluribus. 32. §. 9. D. eod. C. In nostra. 4. X. eod. C. Si duo. 6. pr. eod. in 6. (1. 19.)

2) Fr. Si quis. 31. §. 1. D. eod.

diesem gilt, auch auf die Prokuration Anwendung findet, und eine Abweichung nur durch das Objekt veranlaßt wird.

9. Nur im Civil-Prozesse nicht wegen Delikte im accusatorischen Verfahren [1]), wohl aber im Civilverfahren [2]), ist die Vertretung zulässig. Die Eigenthümlichkeit entspringt aus dem Verhältnisse, in das der Prokurator nach dem römischen Rechte zu dem Prozesse tritt, indem er davon der Herr wird, dominus litis, und der Spruch auf ihn lautet, was im Strafverfahren nicht eintreten kann. Im Civilverfahren kann sie aber in allen Sachen ohne Ausnahme, in der Regel auch für alle gerichtliche Handlungen so Statt finden, daß selbst in geistlichen Sachen Laien Prokuratoren sein können [3]). Als Ausnahme kann der Richter das persönliche Handeln des Prinzipals, so oft er es als nothwendig erachtet, namentlich wenn es sich um Ablegung eines Zeugnisses und um die Leistung des Gefährdeeides, jur. calumniae, handelt, fordern [4]).

10. Wie ferner im bürgerlichen Leben für einzelne, größere oder kleinere, Geschäfte [1]), so kann Jemand auch, nach begonnenem Prozesse und nach der Litiscontestation, für einzelne Gerichtshandlungen [2]), oder sofort von Anfang an für einen einzelnen Prozeß [3]) als Prokurator bestellt werden. Ein solcher würde nur ein besonderer, specialis, demjenigen gegenüber heißen können, der mit der Verwaltung aller Güter, omnium rerum, damit denn auch mit der Führung von Prozessen in

---

[1]) Fr. Accusatore. 13. §. 1. D. de publ. jud. (48. 1.). C. Veniens. 15. X. de accus. (5. 1.): ». . . Licet . . nec procuratores ejus possemus in causa recipere criminali.« Fr. Quaeri solet. 1. D. an per al. caus. app. (49. 9.)

[2]) C. Si quando. 11. C. de inj. (9. 35.)

[3]) C. Non indiscrete. 1. pr. de procur. in 6. (1. 19.): ». . . procuratorem laicum ad agendum vel defendendum in causis spiritualibus admittendo.« Gl. ibid.

[4]) C. In pecuniariis. 26. C. eod.: ». . . nisi . . . ob causas vehementiores, maximi judicis vocabit auctoritas.« C. Generaliter. 12. §. 4. 6. C. de reb. cred. (4. 1.). Nov. 124. C. 1. C. Juris esse. 1. de jud. in 6. (2. 1.): ». . . judicem . . . jubere non posse, alterutram partem coram se personaliter in judicio comparere, nisi causa fuerit criminalis, vel nisi pro veritate dicenda, vel pro juramento calumniae faciendo, vel alia juris necessitas partes coram eo exegerit personaliter praesentari.«

[1]) Fr. Procurator. 1. §. 1. D. de procur. (3. 3.)

[2]) Fr. Qui proprio. 46. pr. D. eod: »Qui proprio nomine judicium accepisset, si vellet, procuratorem dare, in quem actor transferat judicium, audiri debet.«

[3]) Fr. Sed si tantum. 13. pr. D. de pact. (2. 14.): ». . . tantum ad actionem.« Fr. Item ad. 3. D. de procur. (3. 3.): ». . . ad litem futuram, et in diem, et sub conditione, et usque ad diem dari potest.«

legtem siebenzehnten Lebensjahre können sie nicht postuliren, und da mit dem vierzehnten oder zwölften Jahre die Tutel aufhört, so muß für sie bei einem Prozesse ein Curator bestellt werden [3]), bis sie großjährig geworden sind. In der Kindheit handelt der Tutor für sie und bestellt einen Aktor [4]), später kann er sie, bis sie mündig geworden sind, unter seinem Beistande, sua auctoritate, handeln lassen [5]). Ein Kläger kann gegen den bestellten Curator auftreten, oder auch den Mündigen vorladen, daß er mit Einwilligung des Curators den Prozeß antritt [6]). Alle Verhandlungen, die ohne den Schutz des Tutors oder des Curators vorgenommen werden, sind, wenn sie dem Minderjährigen nachtheilig sind, ungültig [7]). In geistlichen, in Beneficial- und in andern damit zusammenhängenden Sachen kann der Minderjährige, der mündig geworden ist, selbst als Kläger oder Verklagter handeln, oder sich einen Vertreter bestellen; früher aber wird ihm vom Richter ein Vertreter, curator ad litem, bestellt, oder er bestellt unter richterlichem Beistande, auctoritate, nach zurückgelegtem siebenten Jahre selbst einen solchen [8]).

So lange ferner Kinder noch unter väterlicher Gewalt stehen, können sie nicht selbstständig handeln, daher in der Regel nicht ohne Einwilligung des Vaters als Kläger auftreten [9]), wohl aber verklagt [10]) werden. Die Ausnahmen betreffen die Pekulien, worüber sie verfügen können, die castrensia und quasicastrensia, das Depositum und Commodatum, erlittene Gewalt und Injurien, gegen welche sie auch als Kläger handeln können [11]). In geistlichen, in Beneficial- und andern dazu gehörigen

---

[3]) §. Item inviti. 2. J. de curat. (1. 23.). C. In universis. 11. C. qui dare tutores. (5. 34.)

[4]) C. Neque tutores. 11. C. de procur. (2. 13.). »... actorem constituere debent.« §. Quod si tutor. 6. J. de curat. (1. 23.)

[5]) Fr. Gerere. 1. §. 2. D. de admin. et peric. (26. 7.). C. Si cum esses. 1. C. In rebus. 2. C. qui legit. person. standi in jud. 3. 6.). C. Neque tutores. 11. C. de procur. 2. 13.): »... adultus vel adulta ... tutore vel curatore interveniente, procuratorem ordinare possunt.«

[6]) Fr. Gerere. 1. §. 3. D. de admin. et peric. (26. 7.)

[7]) Fr. Acta. 45. §. 2. D. de re jud. (42. 1.). C. Non eo minus. 14. C. de procur. (2. 13.). C. Si Praeses. 6. C. quom. et quando. (7. 43.)

[8]) C. Si annum. 3. de jud. in 6. (2. 1.). C. Ex parte. 14. X. de rest. spol. (2. 13.)

[9]) Fr. Filius familias. 9. D. de obl. et act. (44. 7.)

[10]) Fr. Tam ex contractibus. 57. D. de jud. (5. 1.). Fr. Filius familias. 39. D. de obl. et act. (44. 7.)

[11]) Fr. Filius familias. 8. pr. D. de procur. (3. 3.). Fr. Julianus. 19 D. depos. (16. 3.). Fr. Filius familias. 9. cit. D. de obl. et act. (44. 7.). Fr

Sachen findet obige Beschränkung ebenfalls nicht Statt[12]). In einem der väterlichen Gewalt analogen Verhältnisse stehen Ordensleute ihren Obern gegenüber und können ohne deren Erlaubniß auch in eigenen Sachen weder als Kläger, noch auch als Verklagte auftreten[13]).

6. Der Exkommunicirte kann zwar gerichtlich belangt werden, allein keine gerichtliche Anträge selbst, sondern nur durch einen Vertreter[1]), stellen und nicht Kläger[2]), auch nicht durch einen Vertreter[3]), werden. Gegen ihn kann nicht bloß der Verklagte excipiren, sondern der Richter muß ihn abweisen, wenn er ein vitandus ist. Ist er dieses nicht, so hört zwar für den Richter die Pflicht zum Abweisen auf, doch bleibt dem Verklagten noch das Recht der Einrede. Das Verbot ist gegen ihn zur Strafe und zu seinem Nachtheile erlassen, ohne daß jedoch die gerichtlichen Handlungen selbst als ungültig erklärt sind. Verhandelt er daher ohne Widerrede, so ist das Ergebniß gültig, doch kann die Ausführung suspendirt werden[4]). Gegen seine eigene Exkommunikation kann er zwar die Nichtigkeitsbeschwerde erheben, wegen ihrer Ungerechtigkeit aber erst nach vorgängiger Absolution Berufung einlegen[5]).

7. **Vermöge der Personeneinheit in Folge der väterlichen Gewalt[1]) können Kinder gegen ihre Eltern, und umgekehrt, nicht klagbar werden, als wegen der jenen frei zustehenden Pekulien[2]) und wegen der Unter-**

Lex Cornelia. 5. §. 6. D. de injur. (47. 10.). Gl. zu c. Si annum. 3. de jud. in 6. v. regulariter.

[12]) C. Si annum. 3. cit. in f. de jud. in 6.

[13]) 1. B. 4. T. §. 11. Durand. lib. 1. part. 2. de actore. n. 18: »... monachus vel canonicus regularis vel alius alterius obedientiae suppositus, qui non potest nomine suo agere vel conveniri sine consensu patris et abbatis licentia.«

[1]) C. Intelleximus. X. de jud. (2. 1.): ». . . conveniri potest et respondere debet per alium.«

[2]) C. Decernimus. 8. de sent. exc. in 6. (5. 11.): ». . . judices saeculares . . . repellere excommunicatos ab agendo . . . compellantur.« C. Pia consideratione. 1. de except. in 6. (2. 12.)

[3]) C. Quod alieni. 67. de R. J. in 6. (5. 13.)

[4]) Gl. zu c. Pia consideratione. 1. de except. in 6. (2. 12.) v. repellere: »Si duret judicium, si autem est finitum, ab executione poterit abstinere.«

[5]) C. Cum contingat. 36. X. de off. del. (1. 29.)

[1]) C. Si quis duobus. 11. C. de instit. et subst. (6. 26.)

[2]) Fr. Lis nulla. 4. D. de jud. (5. 1.). C. Qui in potestate. 3. C. de in jus voc. (2. 2.): ». . . Quod et in matris persona observandum est.« Gl. ibid. in cas. u. v. matris.

Einreden, und zur Einlegung der Berufung verpflichtet [5]), ohne jedoch letztere fortsetzen zu müssen, wofern er dem Prinzipale von dem Ausgange Anzeige macht [6]), und er haftet für Culpa und Negligentia [7]). Was er ferner vermöge seiner Geschäftsführung erlangt, muß er dem Prinzipal verabfolgen lassen [8]) und seine Befreiung gilt auch diesem [9]).

Gleicher Art sind auch seine Berechtigungen. Die bestrittenen Auslagen kann er zurückfordern [10]); auf ein Honorar aber hat er nur Anspruch, wenn es ihm versprochen worden ist; die Verabredung eines Antheiles an dem gewonnenem Prozesse aber [12]), oder der Ankauf des Prozesses sind unerlaubt [13]). Bei der Ausführung des erhaltenen Auftrages ist er zu allen Handlungen berechtigt, die er zur Erreichung des Zweckes für nothwendig und nützlich erachtet, ohne bei deren Wahl an das Einverständniß des Prinzipals gebunden zu sein, wenn dieses nicht vorbehalten, oder ihm nicht eine bestimmte Handlungsweise vorgezeichnet war. Andere hierhin gehörige Eigenthümlichkeiten ergeben sich aus seinem Verhältnisse zu dem Prozesse.

13. Die übertragenen Befugnisse stehen ihm auch Andern, namentlich dem Gegner und dem Richter gegenüber zu, wofern sie von seiner Bestellung gewiß geworden sind. Er muß sich also, wo es noch erforderlich ist, darüber ausweisen [1]), legitimatio ad processum. und der Rich-

---

5) C. Actionem. 5. C. Invitus. 17. C. eod. — Fr. De pupillo. 5. §. 2. D. de op. nov. nunt. (39. 1.). C. Non injuste. 14. X. de proc.: »... Potuit ... et debuit appellare.«

6) C. Non injuste. 14. cit. X. eod. Gl. v. appellare.

7) Fr. Si procuratorem. 8. §. 1. D. eod. C. Procuratorem. 11. C. A procuratore. 13. In re mandata. 21. in f. C. mand. (4. 35.)

8) Fr. Qui proprio. 46. §. 4. D. de procur.

9) Fr. Quaecunque. 50. D. eod.

10) Fr. Si quis. 27. §. 4. D. mand. (17. 1). C. Etiamsi. 4. C. eod. (4. 35.). Fr. Actoris. 30. D. de procur.

11) Fr. Si remunerandi. 6. pr. Fr. Salarium. 7. D. mand. (17. 1.). C. Adversus. 1. in f. C. Salarium. 17. C. eod.

12) Fr. Sumptus. 53. D. de pactis (2. 14.). Fr. Si remunerandi. 6. §. 7. D. mand. (17. 1.). Vergl. 1. B. 4. T. §. 10.

13) Fr. Salarium. 7. in f. D. mand. (17. 1.). C. Litem. 15. C. de proc. (2. 13.): »Litem te redemisse contra bonos mores.« C. Per diversas. 22. C. mand. (4. 35.)

1) C. Licet. 24. C. de procur. C. Alia quidem. 1. C. In nostra. 4. C. Constitutis. 12. X. de procur. Gl. zu c. Alia quidem. 1. X. cit. v. mandata: »Tria debet continere mandatum, sc. nomen ejus, qui procuratorem eum constituit, et causam, ad quam constituitur, et quod ratum habebit, quod cum eo factum fuerit.« Ueber diese clausula de rato in dem Mandate siehe Gl. zu c. Cum dilectus. 8. X. de relig. dom. (3. 36.). v. ratihabitione.

ter muß dieses überwachen [2]). Dieses Ausweises bedürfen jedoch diejenigen nicht, die aus Pietät zur Vertheidigung verpflichtet sind [3]), auch die Litisconsorten nicht, wenn sie für einen abwesenden Consors Kaution leisten [4]). Andere Ausstellungen, als die in Beziehung auf seine Bestellung und auf seine gesetzlichen Eigenschaften, exceptiones procuratoriae [5]), können gegen den Prokurator nicht mit Erfolg vorgebracht werden. Von den gesetzlichen Erfordernissen an dem Prokurator sind die wichtigsten bereits angegeben; andere ergeben sich ebenfalls aus seinem Verhältnisse zu dem Prozesse.

14. Das Verhältniß des Prokurators zu dem Prozesse besteht aber darin, daß er, wie erwähnt, Herr des Streites, dominus litis, heißt und ist, und daß er durch die Litiscontestation nach Stellung einer Bürgschaft, satisdatio, die in der Regel als Bedingung voraufgehen mußte, in dasselbe eintrat. Beides war die Folge der vorherrschend gebliebenen Ansicht von der Nothwendigkeit der persönlichen Verhandlungen vor Gericht, um ihr Ergebniß für die Parteien zu sichern.

Aus dieser Ansicht ergab sich die durch Jahrhunderte festgehaltene Regel, daß Niemand für einen Andern, alieno nomine, sondern Jeder nur für sich selbst, suo nomine, einen Prozeß führen könnte [1]). Das daraus hervorgegangene Prozeßverfahren bot daher kein Mittel an die Hand, für Vertretungsfälle gerichtlich zu verhandeln, oder doch entweder die Erfüllung des Spruches zu erzwingen, oder nach dessen Erfüllung gegen neue Angriffe zu schützen. Der Schwierigkeit suchte man später beim Gebrauche der Klageformeln dadurch auszuweichen, daß man den Vertreter so mit in sie brachte, daß der delegirte Richter nur auch in Beziehung auf ihn Recht sprechen konnte. Das geschah dadurch, daß die Intention auf den Eigenthümer des Rechtes, die Condemnation aber auf den Vertreter abgefaßt wurde [2]), oder daß, wenn der Verklagte vertreten

---

[2]) C. Accedens. 10. X. de procur.

[3]) Fr. Sed et hae. 35. pr. D. eod: »... quibus sine mandatu agere licet.« §. 11. — Fr. Si quis. 3. §. 3. D. jud. solvi. (46. 7.)

[4]) C. Commune. 2. C. de consort. (3. 40.)

[5]) Fr. Qui procuratorem. 57. §. 1. Fr. Ad legatum. 62. D. de proc. §. Praeterea. 11. J. de except. (4. 13.)

[1]) Alte und Kranke mußten sogar vor die Obrigkeit gefahren werden. Gell. XX. c. 1. Von der damit gegebenen Regel meldet Gaj. IV. §. 82: » . . . cum olim, quamdiu ... legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret,« was pr. J. de eis, per quos ag. poss. (4. 10.) wiederholt ist.

[2]) Hatte Mävius eine Forderung gegen den Numerius, die er durch Titius gerichtlich geltend machen wollte, so lautete die intentio: »Si paret Numerium Negidium

war, die Intention ihn als den Verpflichteten bezeichnete, die Condemnation aber auf den Vertreter lautete [3]). Dadurch war die Hereinziehung einer fremden Person in den Prozeß vermittelt, doch das Recht für jeden der eigentlich Betheiligten nicht gesichert. Nach dem Inhalte des Richterspruches mußte der besiegte Verklagte ihn an den Vertreter erfüllen, und es konnte dann der Eigenthümer des Rechtes wieder klagbar werden [4]); hingegen war durch die Abweisung des Vertreters der siegende Verklagte gegen die Klage des Eigenthümers noch nicht gesichert, wie umgekehrt die Verurtheilung des Vertreters des Verpflichteten dem berechtigten Kläger keine Sicherheit gewährte. Das ganze Gerichtsverfahren gab sie so wenig, als der Spruch selbst. Der Grundsatz, daß, wer sich als Vertreter ausgewiesen, nach allen Seiten hin innerhalb den Grenzen des Auftrages statt des Gewaltgebers auch gerichtlich rechtsgültig handeln könne, fand, so einfach und nahe liegend er auch ist, doch erst nach vielen Jahrhunderten gerichtlich praktische Anerkennung und Geltung. Man half sich auf dem Umwege durch Bürgschaften. Der Vertreter des Klägers mußte durch Bürgen die Genehmigung des Herrn, ratam rem dominum habiturum [5]), der des Verklagten aber für die Ausführung des Spruches, judicatum solvi [6]), Gewähr leisten. Die Gewährleistung ging der Litiscontestation und der Gewährung der gerichtlichen Untersuchung vorauf [7]), und mit der

---

Publio Maevio sestertium X milia dare oportere«; die condemnatio hingegen: »judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna: si non paret, absolve.« Gaj. IV. §. 86.

[3]) Fr. Furti. 6. §. 2. D. de his, qui not. (3. 2.): »Si quis alieno nomine condemnatus sit ... nec procurator meus, vel defensor, vel tutor ... condemnatus.« Fr. Liberto. 31. §. 2. D. de neg. gest. (3. 5.). C. Non videtur. 1. C. de sent. et re jud. (7. 45.)

[4]) Gaj. IV. §. 98: »... periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur.«

[5]) Gaj. IV. §§. 98. 100. Pr. und §. Sin autem. 3. J. de satisd. (4. 11.) Fr. Non solum. 39. §. 1. D. de procur. C. Cautio. 1. C. eod. C. Non est incerti. un. C. de satisd. (2. 57.)

[6]) Gaj. IV. §. 101. §. Si vero reus. 5. J. de satisd. — Fr. Qui proprio. 46. §. 2. D. de procur. Fr. Filiusfamilias. 14. D. Qui satisd. cog. (2. 8.). C. Non est incerti. un. in f. C. de satisd. (2. 57.): »... Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factus, in ipso litis limine judicatum solvi satisdationem in omnibus causis praestare cogitur.«

[7]) Gaj. IV.: Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem in suam personam convertit.« Fr. Pomponius. 40. §. 3. D. de procur.: »Ratihabitionis autem satisdatio ante

Litiscontestation war der Streit sein eigener [8]) und er der Herr davon geworden [9]). Diese Ansicht wurde im kanonischen Recht mit ihren Folgen festgehalten, doch in der Lehre selbst Mehres aufgegeben.

15. Dahin gehört die Gewährleistung, die nicht mehr gefordert wird, wenn der ertheilte Auftrag unbezweifelt ist. Sie wurde im römischen Rechte auch nicht unbedingt von jedem Vertreter, der jetzt Prokurator genannt zu werden pflegt, gefordert. Bestellte der Prinzipal selbst vor dem Magistrate, in jure, in Anwesenheit des Gegners, was unter einer gewissen Förmlichkeit, certis verbis, geschah [1]), seinen Vertreter, so hieß dieser cognitor; wogegen der außergerichtlich und ohne Förmlichkeit, nudis verbis, bestellte ein procurator war [2]). Später wurde auch ein Vertreter durch eine zu Protokoll, apud acta, gegebene Erklärung bestellt, der ebenfalls noch procurator genannt wurde [3]). Er hat in seiner Bestellung mit dem Cognitor das gemein, daß sie persönlich von dem Prin-

litis contestationem a procuratore exigitur; ceterum semel lite contestata non compellitur ad cautionem.« Fr. Licet. 56. D. de jud. (5. 1.): ». . . si quis . . . procurator . . . litem sit contestatus.«

[8]) Fr. Procurator. 11. D. de dol. mal. exc. (44. 4.): ». . . quia litiscontestatione res procuratoris fit eamque suo jam quodammodo nomine exequitur.«

[9]) Fr. Ab executore. 4. §. 5. D. de appell. (49. 1.): ». . . procurator lite contestata dominus litis efficitur.« C. Procuratoribus. 22. C. de procur.: »Procuratoribus institutis et post contestatam litem dominus effectus.« C. Nulla. 23. C. eod: ». . . dominum litis procuratorem effectum.« C. Non indiscrete. 1. §. 1. eod. in 6. (1. 19.): ». . . a procuratore post litem contestatam . . . cum dominus sit litis effectus.«

[1]) Gaj. IV. §. 83: »Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur; nam actor ita cognitorem dat: quod ego a te ... fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do; adversarius ita: quando tu a me fundum petis, in eam rem Puplium Maevium cognitorem do.« Cic. pro Rosc. Comoed. c. 18: »Quid interest inter eum, qui per se litigat et qui cognitor est datus? qui per se litem contestatur, sibi soli petit; alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus. Itane vero? cognitor si fuisset tuus, quod vicisset judicio, ferres tuum.«

[2]) Gaj. IV. §. 84: »Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur, sed ex solo mandato, et absente, et ignorante adversario constituitur.«

[3]) Paul. I. 3. §. 3: »Mandari procuratio praesenti, et nudis verbis, et per literas, et per nuntium, et apud acta praesidis et magistratus.« C. un. C. de satisd. (2. 57.): »Non est incerti juris, eum, qui apud acta factus est agentis procurator.«.

[illegible]

[illegible]

fung anzusehen, indem sie einen schriftlich ertheilten Auftrag und dessen Uebergabe zu den Akten vorschreibt[11]), mithin ein Ausweis durch eine förmliche Bestellung erforderlich ist[12]). Indessen blieb es Regel, daß die Gewährleistung nur im Falle eines Zweifels an dem erhaltenen Auftrage nothwendig sei, so daß die Freiheit davon also nicht von der Art und Weise der Gewinnung der Gewißheit abhängig ist[13]).

Das Nächste, das der Verklagte durch die Gewißheit von dem Auftrage oder durch die Bürgschaft erreicht, ist die Beruhigung, daß er mit dem Vertreter des Klägers sich nicht in einen nutzlosen Prozeß mit vergeblichem Opfer an Zeit, Mühe und Auslagen einläßt. Der Kläger hat aber wenigstens ein eben so großes Interesse, einen vergeblichen Prozeß mit dem Vertreter des Verklagten zu meiden. Das geeignete Mittel zu dem Zwecke ward in der Bürgschaft für die Erfüllung des Spruches, judicatum solvi, gefunden, und zwar durch den Prinzipal in der Regel selbst, und nur in den Fällen seiner Abwesenheit durch den Vertreter[14]). Und davon gab es keine Ausnahme[15]. Niemand wurde als der gehörig

---

procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.« Antoninus. a. 151.

11) Diese Form der Bestellung eines Prokurators bezeichnet der h. Gregor in c. Alia. 1. X. de procur. a. 596. als die übliche: »... instructam personam cum mandato legaliter facto (tuis) et presbyterorum, seu diaconorum tuorum, testiumque subscriptionibus roborato, gestisque ex more indito transmittet.« In der Ueberschrift zu dieser Stelle heißt es: »Non auditur quis tanquam alterius procurator, nisi habeat mandatum legitime factum.«

12) Wie sie auch Innocenz III. 1209. in c. Coram dilecto. 34. X. de off. et. pot. jud. del. (1. 29.) forderte: »... qui ... absque litteris de ratihabitione ad apost. sedem accesserat, sed de rato caveret sub fidejussoria cautione, concessimus auditorem.«

13) Die Glosse bemerkt zu c. Alia. 1. cit. X. de procur. v. portitoribus: »... Haec satisdatio danda est, quando de mandato dubitatur,« und zu c. Coram dilecto. 34. cit. X. de off. jud. del. in cas.: »... cautio rati tunc regulariter praestatur, cum de mandato dubitatur.« Durand. lib. 2. part. 1. de satisdat. §. 3. n. 5: »... Unde dic, tunc esse dubium, quando is, qui se procuratorem dicit, aliquod adminiculum, seu aliquam probationem semiplenam inducit, ut praedixi, et tunc admittitur cum satisdatione, alias non.«

14) Gaj. IV. §. 101: »... Si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare jubetur: si vero cum procuratore, ipse procurator. Idem et de tutore et de curatore juris est.« §. Si vero aliquis. 4. §. Si vero reus. 5. J. de satisd. (4. 11.). C. un. in f. C. de satisd. (2. 57.): »... Rei autem procurator vel defensor, etiam sub gestorum testificatione factas ...«

15) Fr. Filiusfamilias. 14. D. qui satisd. cog. (2. 8): »... eum, qui absentem defendit, etiam si filius, vel pater sit, satisdare petituro ex forma edicti debere.« Fr. Mutus. 43. §. 6. D. de procur.

geeignete, idoneus, Vertheidiger einer fremden Sache ohne Bürgschaft angesehen[16]. Die Idoneität ist aber nicht eine Eigenschaft, die aktiv zum Vertheidigen befähigt und tüchtig macht, weil sie durch die Bürgschaft erworben wird, die eine solche Befähigung nicht bewirkt, sondern eine rechtliche und solche, die zur gesetzlichen Zulassung als Defensor fähig macht, und besteht als rechtliche Eigenschaft darin, daß der Vertreter durch sie als an die Stelle des Prinzipals getreten gilt, domini loco habendus[17]. Die Bürgschaft ist also die Bedingung der gerichtlichen Annahme einer wirklichen und ernstlichen Vertretung. Wo mithin über diese durch den Nachweis des Auftrages die Ungewißheit gehoben ist, waltet kein Grund vor, an jener Form festzuhalten, wohl aber, wo jener Nachweis nicht geführt wird[18]. Und in diese Lage der Gewährleistung kann auch der Prokurator des Klägers dann kommen, wenn der Verklagte oder dessen Vertreter der Klage eine Widerklage entgegenstellt, und der erhaltene Auftrag die Vertheidigung gegen eine solche nicht vorgesehen hat[19].

16. Eine Folge des Verhältnisses des Prokurators zu dem Streite als Herrn desselben war die Stellung der Condemnation auf ihn, die denn auf seine Bestellung in den drei Theilungsklagen in so weit Einfluß hatte, daß kein gemeinschaftlicher Prokurator beauftragt werden konnte, weil darin das Urtheil zusprechend und absprechend lauten mußte, dem nämlichen Vertreter aber eine Sache nicht zugleich zuerkannt und abgesprochen werden konnte[1]. Nach dem Wegfall jener Abfassung mit den Klageformeln hört diese Beschränkung jetzt auf. Wenn indessen Einer der

---

[16]) Gaj. IV. §. 101: »... quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.« Das wird wiederholt in §. Si vero in. 1. §. Si vero reus. 5. J. de satisd. und Fr. Qui proprio. 46. §. 2. D. de procur.

[17]) Fr. Titius. 76. D. eod: »... Defensor, cum satisdedit, domini loco habendus est.«

[18]) Pirrh. lib. 1. tit. 38. §. 54. in f.: »Verum in praxi hujusmodi cautiones, quod hodie non soleant exigi a procuratoribus, sed quod sufficit fidem facere de mandato procuratorio, tenet Greg. Tholosan.« Das Nämliche wiederholt Schmalzgrüber p. 5. tit. 38. §. 5. n. 23, 3.

[19]) C. un. C. de satisd. (2. 57.): »... etiam ipse quasi absentis in hac parte procurator satisdationem ... praestare cogitur.« Gl. zu c. Accedens. 10. X. de procur. v. respondendum: »... hoc habet locum in procuratore rei, qui debet cavere semper judicatum solvi ... et in procuratore actoris idem est servandum, si reconveniatur.«

[1]) Fr. Licet. 42. §. 6. D. de procur. Fr. Si familiae. 48. D. fam. ercisc. (10. 2.)

Streitenden stirbt oder zurücktritt, und Mehre an seiner Stelle als berechtigt eintreten [2]), oder wenn sonst ein Litisconsortium entsteht [3]), so darf nur ein Prokurator angenommen werden. Mehre würden die Verhandlungen erschweren.

17. Jene Urtheilsabfassung hatte die weitere Folge, daß dem Prokurator mit dem ihm im Urtheile zugesprochenen Rechte zunächst und unmittelbar die Klage auf dessen Vollstreckung, actio judicati directa, dem Prinzipal aber nur eine mittelbare, actio judicati utilis, und in gleicher Weise dem Gegner umgekehrt gegen ihn zustand [1]). Dieses wurde geändert, und dem Prokurator die direkte Klage nicht gestattet, sondern dem Prinzipal sofort die mittelbare Klage gewährt [2]). Mit den Klageformeln fiel auch dieses aus. Die Urtheile werden auf den Prinzipal lautend abgefaßt [3]), und auf ihn gehen daraus unmittelbar seine Rechte über [4]).

18. Unmittelbar auf den Prozeß hat das Litisdominium den Einfluß, daß die Parteien den mit Einwilligung der Prokuratoren bestellten Richter nicht rekusiren können [1]). Zur Fortführung des angetretenen Prozesses kann sich der Prokurator auch vertreten lassen [2]). Führt er ihn selbst durch, so kann er ganz selbständig handeln, doch auch mit dem Prinzipal Rücksprache nehmen, die ihm nicht verwehrt werden darf [3]), wie dieser nicht von der Theilnahme an den Verhandlungen ausgeschlos-

---

[2]) Fr. Jam tamen. 5. §. 7. D. judic. solvi. (46. 7.)

[3]) Fr. Quod si. 31. §. 5. D. de aedil. edict. (21. 1.)

[1]) Frag. Vatic. §. 317. in f.: »Interveniente procuratore judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum, competit.«

[2]) Fr. In causae. 27. §. 1. D. de procur.: »... domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda.« Fr. Si procurator. 28. D. eod: »Si procurator meus judicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicut judicati actio mihi indulgetur.« Fr. In omnibus. 5. D. de stipul. praetor. (46. 5.). Fr. Si se non obtulit. 4. pr. et §. 2. D. de re jud. (42. 1.)

[3]) Spuren der alten Form finden sich indessen noch in c. Querelam. 24. X. de elect. (1. 6.) von Innocenz III. v. J. 1203, und Gl. ibid. v. oeconomi vestri. Ferner in c. Inter dilectos. 6. X. de fid. instr. (2. 22.) von Innocenz III. v. J. 1208, und Gl. ibid. v. procuratorem.

[4]) C. Licet. 9. X. de prob. (2. 19.)

[1]) C. Cum olim. 7. X. de caus. possess. (2. 12.)

[2]) Fr. Ab executore. 4. §. 5. D. de appell. (49. 1.): »... dominus litis efficitur, et ideo et per procuratorem appellare potest.« C. Neque tutores. 11. C. de procur. C. Non indiscrete. 1. §. 2. eod. in 6. (1. 19.)

[3]) C. Dilectus. 11. X. de procur.

sen ist[4]). Den ertheilten Auftrag ferner kann der Prinzipal, selbstredend nach der Litiscontestation, nicht beliebig, sondern nur aus wichtigen Gründen und nach vorgängiger richterlichen Untersuchung widerrufen[5]). Ebenso kann der Prokurator den von ihm bestellten nicht beliebig widerrufen[6]), wie auch selbst seinen Auftrag nicht willkürlich und einseitig aufgeben[7]). Was daher ein Prokurator, bis ihm ein rechtsbeständiger Widerruf bekannt ist, vornimmt, behält seine Gültigkeit[8]). Der Auftrag endlich erlischt auch nicht mit dem Tode des Prinzipals[9]).

Sind Mehre als Prokuratoren so bestellt, daß Jeder von ihnen handeln kann, in solidum, so erwirbt derjenige, der den Streit zuerst übernimmt, das Litisdominium und schließt die Andern aus[10]); sind sie aber nicht solidarisch bestellt, so kann Keiner ohne die Andern handeln[11]).

19. Was ein Prokurator mit Ueberschreitung seiner Vollmacht vornimmt, ist ungültig[1]). Das gilt um so mehr von den Handlungen desjenigen, der keinen Auftrag erhalten hat, falsus procurator[2]), oder dessen Bestellung widerrufen worden ist[3]). Doch werden die Handlungen in

---

4) Fr. Paulus. 69. D. eod. C. Quamvis. 2. in f. eod. in 6. »... dominus tamen suae causae una cum eodem procuratore ... minime prohibetur adesse.«

5) Fr. Post litem. 17. D. eod: »... mutare quidem eum, vel in se litem transferre ... potest, causa tamen prius cognita.« Hierhin gehörige Gründe sind in fr. Filiusfamilias. 8. in f. bis fr. In causae. 27. D. eod. angegeben. — C. Quamvis. 2. eod. in 6. C. Procuratoribus. 22. C. eod: »... nisi capitales inimicitiae, vel morbus, vel alia necessaria causa intercesserit.« C. Ex parte. 33. X. de rescr. (1. 3.). Gl. zu c. Mandata. 13. X. de procur. v. a domino revocato.

6) C. Is qui. 3. de procur. in 6.

7) Fr. Filiusfamilias. 8. §. 3. et sqq. D. eod. Gl. zu c. Is qui. 3. eod. in 6. v. susceptum.

8) C. Auditis. 8. C. Mandato. 13. X. eod.

9) C. Nulla. 23. C. eod.

10) Fr. Pluribus. 32. D. eod. C. Non injuste. 14. X. eod. C. Si duo. 6. pr. eod. in 6.

11) C. Si duo. 6. eod. in 6.

1) C. Si procurator. 10. pr. C. eod. C. Cum olim. 32. X. de off. deleg. (1. 29.). Clem. Non potest. 2. de procur. (1. 10.)

2) Fr. In causae. 27. pr. D. eod. C. Licet. 24. in f. C. eod. C. Si neque. 1. C. quib. res jud. non noc. (7. 56.)

3) C. Ex insinuatione. 3. C. In nostra. 4. X. de procur.

beiden Fällen durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung[4]) rückwirkend[5]) gültig.

20. Dieses Verhältniß zu dem Prozesse in dem Litisdominium setzt Seitens des Prinzipals in Beziehung auf das Streitobjekt Eigenthumsrecht voraus, das die Tutoren und Curatoren über das Vermögen ihrer Schützlinge nicht haben. Sie sind nur Verwalter und als solche nur Quasieigenthümer[1]), können daher keine Prokuratoren auf ihren Namen bestellen, sondern selbst nur als solche auftreten[2]), und die Intention auf den Mündel stellen[3]), oder einen Aktor annehmen[4]); doch können sie auch nach der Litiscontestation einen Prokurator beauftragen[5]), wie die Prokuratoren.

21. In einem ähnlichen Verhältnisse als Quasieigenthümer stehen Kirchenobern, Beneficiaten und Körperschaften, sofern es sich um Vermögensrechte der Aemter und Anstalten handelt. Sie handeln durch einen Vertreter, der Aktor, meistens Syndikus, für kirchliche Anstalten auch Oekonomus genannt wird[1]). Seine Stellung ist die eines Prokurators, wie er auch heißt[2]). Er kann für einzelne und bestimmte Pro-

---

[4]) Fr. Non tantum. 56. D. rat. rem haberi. (46. 8.). Fr. Licet. 56. D. de jud. (5. 1.)

[5]) Fr. Si quis. 3. §. 2. D. jud. solvi. (46. 7.). Fr. Vero procuratore. 12. §. 4. D. de solut. (46. 3.)

[1]) Fr. Tutor. 27. D. de admin. et peric. tut. (26. 7.): ». . . quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.« Fr. Qui fundum. 7. §. 3. D. pro emptore. (41. 4.). Fr. Interdum. 56. §. 4. D. de furt. (47. 2.)

[2]) C. Neque tutores. 11. C. de procur.

[3]) Gaj. IV. §§. 86. 99.

[4]) §. Quod si. 6. J. de curat. (1. 23.). C. un. C. de act. a tut. dando. (5. 61.)

[5]) C. Neque tutores. 11. in f. C. de procur.: ». . . post litis contestationem a se factam, ad exemplum procuratorum . . . dare procuratores non prohibentur.«

[1]) Fr. Munerum. 18. §. 13. D. de muner. (50. 4.): »Defensores quoque, quos graeci syndicos appellant et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris adgrediuntur.« Fr. Neque sanctus. 1. §. 1. D. quod cujusq. univ. nom. ag. (3. 4.): »actorem sive syndicum.« C. Cum venissent. 2. X. de i. i. rest. (1. 41.): »syndicum vel procuratorem.« C. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.): ». . . syndicus Faventinorum . . . oeconomo ecclesiae.«

[2]) C. Quia in causis. 7. X. de procur. Gl. ibid. v. de jure communi: ». . . non est differentia.«

zesse[3]), syn. temporarius, oder für alle bestellt und ein ständiger sein, syn. perpetuus[4]). Bei Körperschaften geht die Bestellung nach dem gemeinen Rechte von ihnen aus, wenn nicht die Statuten ein Anderes anordnen[5]). Die ihm ertheilte Vollmacht heißt gewöhnlich Syndikat. Er stellt nur dann Bürgschaft, wie der Prokurator, wenn ein Zweifel gegen seinen Auftrag besteht[6]). Die von einem einzelnen kirchlichen Vorsteher für das Amt oder die Anstalt ausgegangene Bestellung wird durch dessen Tod als widerrufen angesehen[7]).

22. Ein Prokurator, der sich auf einen Prozeß wegen einer Forderung einläßt, die ihm von einem Andern übertragen worden ist, cessio, sucht sein eigenes Recht, ist daher nicht in Folge der Litiscontestation, sondern vermöge eines ihr voraufgegangenen Rechtsgrundes Herr des Prozesses, und der Streit ist sein eigener, propria lis[1]), er aber selbst heißt procurator in rem suam, oder cessionarius. Er kann daher nicht allein als solcher im Namen seines Cedenten, sondern auch in eigenem Namen handeln[2]). Er kann ferner auch vor der Litiscontestation nicht widerrufen werden[3]), und überhaupt kann von ihm nicht gelten, was aus dem ertheilten Auftrage in Beziehung auf einen andern Prokurator abgeleitet wird.

23. Der Mangel eines der Erforderniſſe zur Geltendmachung des Klagerechtes[1]) berechtigt nicht bloß zu Einreden, sondern macht auch das ganze Verfahren ungültig. Ist daher die Berechtigung nicht bekannt, oder wird sie bestritten, so muß sie nachgewiesen werden. Diese Nachweisung wird Seitens des Handelnden legitimatio activa, Seitens des Antworters leg. passiva genannt. Sie muß der Richter überwachen[2]).

---

[3]) C. Petitio. 9. X. de procur. (1. 38.)

[4]) C. un. X. de synd. (1. 39.)

[5]) Fr. Si municipes. 2. Fr. Sicut municipium. 4. D. quod cuj. un. (3. 4.)

[6]) Fr. Item eorum. 3. §. 3. D. quod cujusq. un. (3. 4.). Fr. Actor. 9. D. rat. rem haberi. (46. 8.): »... actor civitatis nec ipse cavet, nec magister universitatis.«

[7]) Clem. Procuratorem. 4. de procur. (1. 10.)

[1]) Fr. Quae omnia. 25. in f. D. eod.

[2]) C. In solutum. 5. C. quando fisc. vel priv. (4. 15.)

[3]) Fr. Procuratore. 55. D. de procur.

[1]) §§. 4—7. §§. 10. 13.

[2]) C. Caussam. 9. X. de jud. (2. 1.): »... provisuri specialiter ... ut fratres Dulm. monasterii cum auctoritate et assensu episcopi sui ingrediantur negotium.« Gl. in cas.: »... judex providere debet, an persona, quae agit, vel defendit, sit legitima.«

Fünfter Titel.

Streitgenossenschaft. Klagenhäufung. Klagenconcurrenz. Intervention.

1. Als Recht denken wir uns die Klage als eine Berechtigung Eines gegen einen Verpflichteten. Daher ist auch ihre Geltendmachung in einem besondern Prozesse in der Regel nur das gerichtliche Handeln eines Klägers gegen einen Verklagten wegen eines Rechtes, oder: in jedem Prozesse gibt es in der Regel nur einen Kläger, einen Verklagten und ein Klageobjekt. Wann und in wiefern eine Ausnahme Statt haben kann, und in einem oder auch in allen Theilen des Prozesses eine Mehrheit zulässig ist, muß die Lehre über den Prozeß nachweisen.

2. Eine Mehrheit ist bei den Personen, die zugleich als Kläger oder als Verklagte auftreten und in den Klagen denkbar, die wegen eines Rechtes oder wegen mehrer Rechte erhoben werden. Es ist zwar Thatsache, daß oft zu gleicher Zeit Mehre ein Klagerecht haben, und zwar gegen Einen, entweder aus verschiedenen Rechtshandlungen, der Eine aus einem Verkaufe, Andere aus einem andern Rechtsgeschäfte; doch aber können sie nicht gesammt eine und die nämliche Klage in einer und derselben Klageschrift gerichtlich anhängig machen, auch nicht, wenn ihr Klagerecht aus einem gleichnamigen Geschäfte, als Verkauf, oder Darlehen, entsprungen ist. Denn sie haben nicht eine und die nämliche, sondern höchstens eine gleichartige, oder gleichnamige Klage, und in Beziehung auf diese haben sie nichts miteinander gemein. Jeder hat nur ein besonderes, ihn angehendes und jedem Andern fremdes Recht, das er in einem besondern Prozesse suchen muß. Es ist augenfällig, daß Mehre in einem Prozesse nicht auftreten können, wenn sie nicht in einer engern rechtlichen Verbindung mit einander stehen, vermöge welcher das Klagerecht des Einen auch das des Andern ist, oder sie doch ein rechtliches Interesse an dem Klageobjekte so vereinigt, daß ihre Gesammtheit die Einheit des Klägers darstellt. Das Nämliche gilt von mehren Verpflichteten einem oder mehren Berechtigten gegenüber.

Stehen Mehre, sei es als Berechtigte oder als Verpflichtete, in einer solchen rechtlichen Verbindung mit einander, oder verbindet sie ein Interesse, so können sie gemeinschaftlich klagbar oder Verklagte werden, und es entsteht durch die Klage, als Prozeß, eine Streitgenos-

senschaft, litis consortium, sie werden Streitgenossen, litis consortes.

In eine engere rechtliche Verbindung sind die Erben mit einander in Beziehung auf die Erbschaft gesetzt. Von ihnen kann ein Jeder, oder es können Einige die Theilungsklage erheben[1]). Denn es könnte nicht als gerecht gelten, wenn das Recht des Einen von dem Willen des Andern abhinge, auch wäre es nicht zu billigen, wenn der Eine genöthigt wäre, die Durchführung seiner Klage der Gefahr der Launen oder des bösen Willens der Mitbetheiligten auszusetzen[2]). Daß dann die von Einzelnen erwirkte Entscheidung den Uebrigen weder Vortheil noch Schaden bringen kann, liegt in der Natur der Sache[3]). Werden sie aber alle gleichzeitig klagbar, so müssen sie es gemeinschaftlich zur Verminderung der Prozesse vor dem nämlichen Richter und in gemeinschaftlicher Verhandlung thun[4]). In eine gleichartige Verbindung bringt eine Gütergemeinschaft, communio, sei sie durch einen Gesellschaftsvertrag, societas, oder durch eine andere Begebenheit entstanden.

Die in der angegebenen Weise Verbundenen sind zu einem verhältnißmäßigen Antheile, pro rata, berechtigt. In eine Verbindung mit einer ratirlichen Berechtigung kann man sich auch selbst setzen, und zwar mit derselben Wirkung, daß man sein Recht allein, oder mit den Andern gemeinschaftlich geltend machen kann. Denn die Entstehungsweise der ratirlichen Berechtigung hat auf die Geltendmachung des Klagerechtes keinen Einfluß. Die ratirlich Berechtigten können also als Kläger in eine Streitgenossenschaft treten. Eben so können umgekehrt die ratirlich Verpflichteten nicht bloß einzeln verklagt, sondern auch in eine Streitgenossenschaft gezogen werden.

---

[1]) Fr. Per familiae. 2. §. 4. D. famil. ercisc. (10. 2.): »Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores haeredes ex pluribus accipi possit.«

[2]) Fr. Si pariter. 9. pr. D. de liber. caus. (40. 12.): ». . . non debet alterius collusione aut inertia alterius jus corrumpi; sed rectius dicitur, etiam alterutri eorum permittendum agere, ut alterius jus incorruptum maneat.«

[3]) C. Cohaeredibus. 17. C. famil. ercisc. (3. 36.): ». . . ex facta inter cohaeredes divisione nullum praejudicium timens.« Fr. Saepe constitutum. 63. pr. D. de re jud. (42. 1.): ». . . res inter alios judicata aliis non praejudicare.«

[4]) B. 1. Tit. 2. §. 26. Not. 3. — Fr. Hujusmodi. 84. §. 13. D. de legat. (30. I.). Fr. Si idem. 11. §. 2. D. de jurisd. (2. 1.). Fr. Si inter plures. 1. D. de quib. reb. ad eund. jud. (11. 2.). Fr. Haeredes. 25. §§. 3. 4. 5. D. famil. ercisc. (10. 2.)

Hat ein Kläger gegen Mehre auf das Ganze, in solidum, auch den Einzelnen, als correi debendi, gegenüber ein Klagerecht, so kann er es ebenfalls gegen Jeden von ihnen, oder auch gegen sie gemeinschaftlich geltend machen, da darin eben die Eigenthümlichkeit der Berechtigung besteht. Werden sie gemeinschaftlich in Anspruch genommen, so kann es nur durch Streitgenossenschaft geschehen [5]). Haben Mehre gegen Einen eine solidarische Forderung, so kann Jeder, und sie können gesammt dieselbe verfolgen, auch wenn der Verpflichteten mehre solidarische sind [6]), wo denn auf beiden Seiten eine Streitgenossenschaft entstünde.

Die so in Streitgenossenschaft mit einander Getretenen bilden im Prozesse eine Partei, ohne ein weiteres Verband, sondern so, daß Jeder sein Recht für sich vertritt, und nicht wie Glieder einer Gesellschaft, societas, und noch weniger als eine moralische Person. Haben sie sich keinen Prokurator zu ihrer Vertretung bestellt [7]), so kann die Sache durch sie selbst, auch wenn nicht alle erscheinen, die Erschienenen aber Caution stellen [8]), verhandelt werden.

3. Eine Mehrheit der Klagen findet am häufigsten dadurch Statt, daß Einer mit einem Andern verschiedene, für sich bestehende Geschäfte abgeschlossen hat [1]), oder der Andere ihm durch verschiedene Handlungen, namentlich durch Delikte, verpflichtet wird. Dieses ist ein bloß materielles Zusammentreffen von Klagen und mehr ein Anhäufen, aggregare, als ein Zusammentreffen, concurrere, von solchen, könnte daher etwa eine materielle Klagenconcurrenz, concursus actionum materialis, genannt werden [2]). Eine ganz andere ist die Mehrheit

---

[5]) Für die geliehene Sache haftet jeder Commodatar, weßhalb der Commodant Jeden einzeln, oder sie gemeinschaftlich angreifen kann. Fr. Si ut certo loco. 5. §. 15. D. commod. (13. 5.)

[6]) Wegen der Untheilbarkeit einer Servitut geht die dem Erblasser zuständige auf alle seine Erben über, so, daß Jeder sie fordern kann, wie sie es Alle können, und die Erben des dazu Verpflichteten sind es solidarisch. Fr. Viae. 17. D. de servit. (8. 1.). Fr. Stipulationum. 2. §§. 1. 2. 4. D. de V. O. (45. 1.)

[7]) Fr. Licet. 42. §. 6. D. de procur. (3. 3.). Fr. Quod si nolit. 31. §. 5. D. de aedil. edict. (21. 1.)

[8]) C. Commune. 2. C. de consort. (3. 40.)

[1]) Fr. Si idem. 11. pr. D. de jurisd. (2. 1.) setzt solche voraus: »Si idem cum eodem pluribus actionibus agat.«

[2]) Fr. Si is, qui. 18. D. de obl. et act. (44. 7.): »Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, haeres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur.« Fr. Non est novum. 10. D. de act. empt. vend. (19. 1.). Wenn ein Gläubiger eine Forderung gegen seinen eigenen Schuldner in derselben Sache erbt:

der Klagen, die aus einer und der nämlichen Thatsache entspringt. Wem eine Sache entwendet worden ist, hat gegen jeden Besitzer die Vindikationsklage, gegen den Dieb selbst die Klage auf Ersatz des Schadens neben der Sache, ferner die Diebstahlsklage, actio furti, eine Pönalklage auf das Doppelte oder das Vierfache, auch die Klage auf Herausgabe des Gestohlenen, condictio furtiva, und die Exhibitionsklage[3]). Aus der Beschädigung einer gemeinschaftlichen Sache durch den Gesellschaftsgenossen entspringt dem Mitbetheiligten die Klage auf Schadensersatz nach der aquilischen Lex neben der Gesellschaftsklage, actio pro socio[4]). Ein solches Zusammentreffen von mehrern Klagen ist eine eigentliche Klageconcurrenz, concursus actionum, und zwar eine objektive, im Gegensatze zu dem Zusammentreffen von der Klageberechtigung mehrer Personen aus einer und der nämlichen Thatsache, das eine subjektive Klagenconcurrenz genannt wird. So erzeugt die der verheiratheten Tochter zugefügte Injurie nicht nur dem Manne, sondern auch dem Vater ein Klagerecht[5]). Die gleichzeitige und gemeinschaftliche Geltendmachung der zuständigen Klagen nennt man Klagenhäufung, cumulatio actionum.

4. Bei materieller Klagenconcurrenz nun müssen persönliche Klagen nach dem kanonischen Rechte vor den nämlichen Richter gebracht[1]), können auch in einem Klagelibell cumulirt werden[2]). Von den dinglichen Klagen müssen die connexen vor demselben Richter erledigt werden[3]); daß sie auch zu gleicher Zeit in der nämlichen Klageschrift vorgetragen werden müssen, ist nicht vorgeschrieben, ihre Cumulation aber auch nicht untersagt. Auch die Cumulation anderer dinglicher Klagen unter sich, oder selbst mit persönlichen ist nicht verboten[4]); ob sie

———————

»constat, duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes. Fr. Qui cum tutoribus. 9. pr. D. de transact. (2. 15.)

[3]) Fr. Si pro fure. 7. §. 1. D. de cond. furt. (13. 1.)

[4]) Fr. Sed si. 47. §. 1. D. pro soc. (17. 2.)

[5]) Fr. Injuria. 1. §. 9. Fr. Eum, qui. 18. §. 2. D. de injur. (47. 10.)

[1]) B. 1. Tit. 2. §. 26. C. Quia nonnulli. 43. X. de rescr. (1. 3.). c. Dispendia. 3. de rescr. in 6. (1. 3.)

[2]) Gl. zu c. Dispendia. 3. cit. in 6. v. personalis: »... Item in una petitione pro pluribus personalibus actionibus agi potest cujuslibet assignata causa.« Gl. zu c. Quia nonnulli. 43. cit. X. v. personalibus.

[3]) B. 1. Tit. 2. §. 26.

[4]) Fr. Si idem. 11. pr. D. de jurisd. §. 3. Not. 1. Fr. Haeredes. 25. §§. 3. 4. 5. D. famil. ercisc. (10. 2.). Durand. lib. 3. par. 1. de libelli conceptione. §. 12. n. 18.

indessen von dem Richter zuzulassen ist, wird von der Zweckmäßigkeit und der Möglichkeit der Durchführung abhangen.

5. Was die eigentliche Klagenconcurrenz angeht, so ist vorerst die subjektive nur die Berechtigung von Mehrern aus dem nämlichen Rechtsgrunde, die in einem ähnlichen Verhältnisse zu einander stehen, wie die natürlich Berechtigten. Sie können eben so, wie diese, einzeln auftreten; es ist aber nicht zu bezweifeln, daß sie auch in eine Streitgenossenschaft treten können.

Bei der objektiven eigentlichen Klagenconcurrenz hängt der Gebrauch durch gerichtliche Geltendmachung der einen vor, mit oder nach der andern von dem Rechtsverhältnisse, aus dem sie entsprungen sind, selbst ab. Da diese Rechtsverhältnisse in der Lehre über den Prozeß als bekannt vorauszusetzen sind, so kann hier nur in so weit darauf hingedeutet werden, als es die Geltendmachung betrifft.

6. Vorerst nun gibt es Verhältnisse, die zwar mehre Klagen entstehen, sie aber nicht gleichzeitig, sondern nur successiv ausführbar werden lassen. Wenn bei einer Adjunktion das mit der Hauptsache verbundene fremde Eigenthum davon losgetrennt werden kann, so hat der Beeinträchtigte zwei Klagen: die eine auf Lostrennung, ad exhibendum, und die andere auf Zurückgabe seines Eigenthums, rei vindicatio. Da durch die Adjunktion der Eigenthümer der Hauptsache auch Eigenthümer des adjungirten Theiles geworden ist; so kann dieser Theil nicht sofort als Eigenthum zurückgefordert werden, sondern die nächste Klage muß dahin gehen, daß die verwendete Sache in eine Lage versetzt werde, daß sie als Eigenthum zurückgefordert werden kann, hier mithin losgetrennt werde, muß daher die ad exhibendum sein [1]). In allen Fällen dieser Art muß also die Exhibitionsklage der Eigenthumsklage voraufgehen [2]). Eben so müssen bei connexen Klagen die präjudiciellen vor den Hauptklagen erledigt werden. Von dieser Aufeinanderfolge nennt man die Concurrenz solcher Klagen eine successive. Was nun die Geltendmachung an-

---

[1]) Fr. Haec actio. 1. Fr. Exhibere. 2. D. ad exhib. (10. 4.)

[2]) Fr. In rem actio. 23. §. 5. D. de rei vind. (6. 1.): ». . . aliis juncta . . . quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur.« Fr. Gemma. 6. D. ad exhib. (10. 4.): »Gemma inclusa alieno auro . . . vindicari non potest, sed, ut exhibeatur, ad exhibendum agi potest.« Dasselbe gilt bei der Berechtigung zu einer Auswahl. Fr. In hac actione. 3. §. 6. D. eod.

[illegible]

[illegible] J. de [illegible] (12. 20.)

[illegible] Tum [illegible] legatarius [illegible] non potest [illegible] ex una interim, quae fuerat electa. [illegible] Fr. [illegible] 13. D. eod.

sächlich unter den eben gegebenen Umständen erhoben werden können, und nicht im Allgemeinen zu fragen, welche Klagen theoretisch und abstrakt aus einem Handeln entspringen. So lehrt Ulpian in einer früher angeführten Stelle [1]), der Bestohlene habe außer der Diebstahlsklage auch noch die Condiktion wegen des Diebstahles, ferner die Vindikation und zugleich noch die Exhibitionsklage; dabei ist aber nicht zu denken, daß diese vier Klagen wegen eines jeden Diebstahles erhoben werden können, sondern nur, daß sie dann erhoben werden können, wenn die Thatsachen dafür angethan sind. Ist die gestohlene Sache unverändert im Besitze des Diebes oder eines Dritten; so kann von der Exhibitionsklage nicht die Rede sein, sondern dann erst, wenn eine Veränderung und eine Verbindung der Sache mit einer andern Statt gefunden hat. Ist die Sache vernichtet, oder schon wieder in den Besitz des Eigenthümers zurückgekehrt; so kann auch an keine Vindikation gedacht werden. Die beiden andern Klagen aber könnten unter allen Umständen Statt finden, auch dann, wenn die Exhibitionsklage nothwendig gewesen und die Vindikation durchgeführt worden wäre.

Der zweite fest zu haltende Punkt ist der Zweck der Klage, oder dasjenige, was durch sie in dem speziell gegebenen Falle erreicht werden soll: ob nämlich Wiederherstellung des gestörten Rechtes, oder aber eine Bestrafung des begangenen Unrechtes. Diese beiden Zwecke eben machten die Klagenconcurrenz-Frage schwierig. Es kommt darauf an, zu ermitteln, in wiefern einerseits die verschiedenen auf Restitution abzielenden Klagen mit einander verbunden, rücksichtlich nach einander angestellt, oder andererseits mit Pönalklagen, die außer der Wiederherstellung auch eine Strafe bezielten, oder wie Pönalklagen unter sich verbunden werden könnten.

Entspringen aus einem Privatdelikte mehre Pönalklagen, so kann nicht bloß die eine oder die andere gewählt, sondern auch die eine nach der andern noch geltend gemacht werden; ob dieses, und wie weit es mit Erfolg geschehen kann, hängt von der Größe der Strafe der schon durchgeführten Klage zu jener der noch anzustellenden ab. Gewaltsamer Raub, vi bona rapta, kann von dem Beraubten als einfacher Diebstahl aufgefaßt und mit der Diebstahlsklage verfolgt werden; ihm steht aber auch die für den Raub eigens bestimmte Klage, actio vi bonorum raptorum, zu. Durch die erste würde er das Doppelte des Werthes der geraubten Sache, durch die zweite aber das Vierfache erlangen. Hätte er zuerst

[1]) Fr. Si pro fure. 7. §. 1. D. de cond. furt. (13. 1.) §. 3. Not. 3.

auf Diebstahl geklagt, so wäre durch das ergangene Urtheil noch kein Grund gegeben, ihn als des Rechtes aus der zweiten verlustig anzusehen, und Seitens des Verurtheilten ist ebenfalls kein Grund gegeben, ihn als von der verwirkten Strafe frei zu erklären. Wäre hingegen vermittelst der zweiten Klage sofort das gesetzlich höchste Strafmaß verhängt worden, so wäre die Ausführung auch nach der ersten Klage eine im Gesetze nicht begründete Strafanhäufung und eine nicht gerechtfertigte doppelte Bestrafung. Denn die eigentliche und zunächst strafbare Handlung, der Raub, hätte ihr gesetzliches Maß an Strafe erfahren, und es ließe sich kein rechtlicher Grund angeben, sie auch noch als eine minder strafbare zu betrachten und als solche wieder zu bestrafen[2]). Das heimliche Abhauen fremder Bäume war, wie schwere Körperverletzung, durch die XII Tafeln mit der Strafe von fünf und zwanzig Aß bedroht[3]), durch das prätorische Edikt später mit dem Doppelten des Werthes[4]). Das Delikt war also als ein eigenthümliches behandelt, und die entsprechende höchste Strafe war die Entrichtung des doppelten Werthes, oder richtiger, die Entrichtung des eigentlichen Werthes außer dem Ersatze des Schadens. Die Handlung fiel indessen auch unter den Gattungsbegriff von Vermögensbeschädigung, fiel mithin in so fern auch unter die aquilische Lex und konnte eine Verurtheilung zum Ersatze des höchsten Werthes der Bäume binnen den dreißig jüngst verflossenen Tagen nach sich ziehen. Hätte das Delikt die höchste gesetzliche Strafe getroffen, so würde es nicht zum zweiten Male als eine minder strafbare Handlung bestraft werden können, wohl aber umgekehrt würde außer der verhängten milderen aquilischen Strafe durch die eigentliche Deliktsklage noch so viel hinzugefügt werden können, daß das gesetzliche Strafmaß erreicht würde[5]). Pönalklagen wegen eines und des nämlichen concreten Deliktes, je nachdem es seiner

---

[2]) Fr. Bona fides. 57. D. de V. S. (50. 17.): »Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.« Fr. Qui rem rapuit. 1. D. vi bonor. raptor. (47. 8.): ». . . si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum sit, non est illa deneganda, ut tamen id, quod amplius in ea est, consequatur.« Fr. Si quis egerit. 88. D. de furt. (47. 2.)

[3]) Plin. hist. nat. VII. c. 1.

[4]) Fr. Furtim caesae. 7. §. 7. D. arb. furt. caes. (47. 7.)

[5]) Fr. Si furtim arbores. 1. D. eod: »Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia, et ex duodecim tabularum dandam actionem, Labeo ait; sed Trebatius, ita utramque dandam, ut judex in posteriore deducat id, quod ex primo consecutus sit, et reliquo condemnavit.« Fr. Sed si. 1. D. eod. — Fr. Sed si priore. 47. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

Gattung und seiner Spezies nach aufgefaßt und verfolgt wird, schließen also einander nicht aus, sondern können auch nach einander angestellt und in so fern cumulirt werden, ihre Strafen dürfen aber nicht gehäuft, sondern müssen so zusammen gerechnet werden, daß das höchste gesetzliche Maß nicht überschritten wird. Zu Handlungen ganz anderer Art, als die angeführten, gehört aber die Verführung eines Sklaven zu einem Diebstahl, so nämlich, daß der Diebstahl begangen wird. Hier dient die Verführung als Mittel zu dem Zwecke, dem Diebstahl, und so sind beide Handlungen zu einer verbunden; sie bleiben aber dessen ungeachtet zwei an sich verschiedene, als Delikte speziell bedrohte Handlungen, und die eine ist keineswegs als Gattung der andern aufzufassen. Wäre die Verführung vollendet, so würde sie gesetzlich bestraft, wenn auch der Diebstahl noch nicht begangen wäre. Tritt dieser hinzu, so läßt sich kein Grund ahnen, weßhalb denn das eine oder das andere Delikt nicht die gesetzliche Strafe nach sich ziehen sollte [6]). Durch die Verwundung des Wächters zur ungehinderten Ausführung des Diebstahls sind mit diesem zwei verschiedene Delikte begangen, wovon das eine durch das andere nicht weniger strafbar wird. Der Schuldige kann daher wegen eines jeden mit der entsprechenden Klage ihrem ganzen Umfange nach verfolgt werden [7]). Von den hier concurrirenden Klagen schließt keine die andere ganz oder theilweise aus, weil sie aus verschiedenen Handlungen entsprungen sind. Und das ist der dritte zu berücksichtigende Punkt.

9. Wie die Concurrenz der Pönalklagen aus einem und dem nämlichen Delikte muß auch die von Pönalklagen mit reipersecutorischen beurtheilt werden. So haftet der Commodatar für die ihm zum Gebrauche geliehene Sache: beschädigt er sie, so kann er auch nach der aquilischen Lex für Entschädigung des Werthes in den jüngst verflossenen dreißig Tagen in Anspruch genommen werden. Mit der Commodatsklage wird der bloße Ersatz des Werthes der Sache erwirkt, nach dessen Leistung also als gesetzliche Strafe noch ein Mehr gefordert werden kann. Ist

---

[6]) Fr. Neratius ait. 11. §. 2. D. de serv. carr. (11. 3.): ». . . nec sufficiat, alterutra actione egisse: quia altera alteram non minuit: . . . sunt enim diversa maleficia furis, et ejus, qui deteriorem servum fecit.« — Fr. Qui servandarum. 14. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.). — Fr. In eum. 5. D. de extraord. crimin. (47. 11.). — Fr. Facienda. 8. §. 2. D. arb. furt. caes. (47. 7.)

[7]) C. un. C. quando civ. act. crim. praej. (9. 31.)

aber zuerst ein gesetzlicher Ersatz vermöge der aquilischen Pönalklage, also der höchste Werth geleistet, so kann nicht auch noch die Commodatsklage erhoben werden [1]). Das Nämliche tritt bei der Concurrenz mit andern Klagen ein [2]). Indessen weichen die Gesetzesstellen hierin mehrfach von einander ab [3]). Es war also Regel, daß eine mit einer reipersecutorischen Klage concurrirende Pönalklage cumulirt, das heißt, auch noch nach ihr angestellt werden konnte, dabei aber das durch die eine Klage schon Erlangte mit in Berechnung gezogen wurde.

10. In gleicher Weise werden concurrirende reipersecutorische Klagen cumulirt und mit Erfolg angestrengt; doch ebenfalls nur dann und in so fern, als die eine zu mehr berechtigt, als die andere. Nach dem Wiedererwerb der gestohlenen Sache durch die Vindikationsklage kann die condictio furtiva noch eingebracht werden, weil sie zugleich auf Schadensersatz geht [1]); ist aber durch sie die Sache wieder zurück erfolgt, so hört die Vindikationsklage auf [2]). Wird wegen Unterschlagung einer geliehenen Sache die condictio furtiva auf Herausgabe und Schadensersatz durchgeführt, so kann natürlich die Contraktsklage nicht auch noch wieder mit Erfolg erhoben werden [3]). Sind in Folge einer Theilungsklage alle Ansprüche befriedigt worden, so kann die Gesellschaftsklage nicht noch erhoben werden; wohl aber, wenn deren noch zu befriedigen bleiben, die bei der Theilungsklage nicht berücksichtigt werden konnten [4]).

11. Seit die Privatdelikte öffentlich verfolgt werden, sind die Pönalklagen außer Gebrauch, und können die aus solchen Delikten entspringenden Klagen nur auf Schadensersatz lauten. Dadurch ist denn die Concurrenzfrage wesentlich erleichtert, doch ihre Kenntniß, schon der Quellen und der juristischen Sprache wegen, nicht überflüssig.

Seine concurrirenden Klagen kann der Kläger ohne Nachtheil gleich-

---

[1]) Fr. Qui servum. 34. §. 2. D. de obl. et act. (44. 7.). Fr. Unde quaeritur. 7. §. 1. D. comm. (13. 6.)

[2]) Fr. Rei communis. 45. D. pro soc. (17. 2.). Fr. In omnibus. 1. §. 22. Fr. Actiones. 2. §. 1. D. de tut. et rat. (27. 3.)

[3]) Fr. Sed et si. 18. Fr. Si servus. 27. §. 11. D. ad leg. Aqu. (9. 2.). Fr. In rebus. 18. §. 1. D. comm. (13. 6.). Fr. Sed actione. 50. D. pro soc. (17. 2.)

[1]) Fr. In re furtiva. 8. §§. 1. 2. D. de cond. furt. (13. 1.). Fr. Etiam circa. 27. D. de sol. et lib. (46. 3.)

[2]) Fr. Et qui furti. 9. §. 1. D. de furt. (47. 2.)

[3]) Fr. Qui servum. 34. §. 2. D. de obl. et act. (44. 7.)

[4]) Fr. Si actum sit. 43. D. pro soc. (17. 2.)

zeitig vortragen, sich nöthigen Falles das spätere Festhalten einer bestimmten vorbehalten [1]). Er braucht sie indessen nicht technisch zu bezeichnen, sondern es genügt die einfache Darstellung des Sachverhaltes [2]).

12. Die Streitgenossenschaft unter Mehrern, die ein rechtliches Interesse an dem Klageobjekt vereinigt, kann nicht mehr nach der Litiscontestation eingegangen werden; wollen sie sich nach derselben an dem Streite vor dessen Beendigung betheiligen, so kann es nur durch Intervention geschehen. Durch diese können sich die Einen, wenn sie einen Vortheil dabei finden, dem Streite anschließen, die Andern müssen es thun, wenn sie Kenntniß davon erhalten haben, wofern sie nicht die Gefahr, eines Rechtes verlustig zu gehen, übernehmen wollen. Und das hängt davon ab, ob ihr Recht ein selbstständiges, oder ein unselbstständiges, etwa ein von dem Rechte eines der beiden Parteien abgeleitetes ist. Eigenthum, Pfandrecht, Nießbrauch sind, wenn sie beispielsweise durch Erbschaft erworben und nicht von dem in Streit befangenen Rechte abgeleitet sind, selbstständige Rechte, die durch den Ausgang des Streites nicht beeinträchtigt werden können, doch kann es vortheilhaft sein, ihretwegen, so weit es zuläßig ist, in ihn mit einzutreten. Diese Zuläßigkeit ist hier die Frage. Vergleicht man mit jenen Rechten das Recht des Besitzers einer Sache vermöge eines Kaufes, deren Eigenthum Gegenstand des Streites zwischen dem Verkäufer und einem Dritten ist, so zeigt sich sofort, daß das Verhältniß des Besitzers zu dem Streite ein ganz anderes ist, weil sein Recht ein von jenem des Verkäufers abhängiges, mithin mittelbar selbst das Streitobjekt ist.

13. Hat von Mehren an einer Sache der Eine Eigenthum, ein Anderer Miteigenthum oder Pfandrecht, oder den Nießbrauch, so können sie ihre Ansprüche gleichzeitig und vor dem nämlichen Richter geltend machen und entscheiden lassen [1]); sie müssen aber weder gleichzeitig, noch auch vor demselben Richter klagbar werden, da das selbstständige Recht eines Jeden durch den Ausgang des Prozesses zwischen Andern ihnen nicht gefährdet oder geschmälert werden kann. Vor Beendigung dieses

[1]) Fr. Hoc interdictum. 1. §. 4. D. quod legator. (43. 3.)

[2]) Durand. lib. 2. par. 1. de act. §. 1. n. 3. 4: ». . . nemo cogitur in foro ecclesiastico nec in libello, nec in processu exprimere actionem . . . Sufficit enim factum simpliciter proponere, quoniam de sola veritate curandum est, non de apicibus juris civilis disputandum.«

[1]) §. 2. Fr. Cognitio. 8. §§. 1. 2. Fr. Si pariter. 9. pr. D. de liber. caus. (40. 12.)

Prozesses kann Einer vermöge derselben Freiheit seine Klage auch vor dem nämlichen Richter einbringen, zwar nicht so, daß sie mit jenem zu einem Prozesse verbunden wird, was nicht mehr geschehen kann, doch so, daß beide Sachen einen gemeinschaftlichen Gang nehmen, so weit es angeht und in jeder mit Berücksichtigung der beiderseitigen Ansprüche eine Entscheidung erfolgen kann [2]), was für jeden Theil und für die Prozeßführung vortheilhaft sein kann. Das ist eigentlich ein Anschließen an einen fremden Streit, ein Hinzutreten, supervenire, das man intervenire. und zwar, unter Rechtsverhältnissen der angegebenen Art, Principal-Intervention nennt. Sie bezweckt die Verfolgung eines besonderen Rechtes, veranlaßt daher einen eigenen Prozeß, der nur neben dem andern herlaufend geführt wird, und kann nur durch eine eigene Klage bewirkt werden, und zwar in einer höheren Instanz sowohl [3]), als in einer niedern. Der erste Kläger oder Verklagte könnte auch dem zweiten Berechtigten seinen begonnenen Prozeß, damit er sich ihm anschlösse, außergerichtlich anmelden, litem denuntiare, renuntiare, oder jetzt ihn gerichtlich zuladen lassen [4]), adcitatio ad litem, was auch durch den Richter von Amts wegen geschehen könnte. Allein diese Adcitation würde ihn so wenig, als jene Denuntiation zu dem Anschlusse verpflichten und in seinem Rechte beschränken.

Die Nichtintervention kann unter Umständen von Seiten der streitenden Parteien sowohl, als des Richters gewisse Rechtshandlungen nothwendig machen. Handelte es sich um solidarisches Eigenthum Mehrer an einer und der nämlichen Sache, das jedoch nur von Einem derselben gerichtlich gesucht würde, so ließe sich zwar, da ein solches Eigenthum von Mehrern nicht möglich ist [5]), erwarten, daß der Eigenthumsbeweis nur von Einem erbracht werden könnte; allein von verschiedenen Richtern könnte doch das Eigenthum auch noch einem Andern später zugesprochen werden. Dasselbe könnte aber nur Einer bekommen, und zwar derjenige, dem es zuerst zuerkannt worden wäre [6]). Da nun aber der verurtheilte Besitzer die Sache nicht auch einem Andern abtreten könnte, so müßte er

---

[2]) Fr. Si pariter. 9. pr. D. eod: ». . . Quod si adhuc nondum finito judicio supervenerit, ad eundem judicem mittetur.«

[3]) C. Veniens. 38. X. de test. (2. 20.). C. Cum nuper. 17. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

[4]) B. 1. T. 6. §. 3. Not. 2.

[5]) Fr. Si certo loco. 5. §. 15. D. comm. (13. 6.)

[6]) Fr. Si pariter. 9. §. 2 D. de liber. caus. (40. 12.)

gegen die Wirkung eines späteren Urtheils geschützt werden. Diesen Schutz gewährt ihm der Richter von Amts wegen dadurch, daß der erste Sieger dem Besiegten für den Fall Caution leisten muß, daß der Andere ebenfalls obsiegte [7]). Diese Vorsicht ist auch bei Besitzfragen und bei Angriffen auf das Vermögen aus obligatorischen Verhältnissen [8]) so oft nothwendig, als andere Berechtigte, oder ihnen gegenüber der Besiegte, in Nachtheil kommen könnten. Wäre ein zweiter Prozeß schon anhängig, so wäre die Aussetzung der Exekution des ersten Spruches bis zum Endergebnisse jenes ebenfalls ein geeignetes Mittel. Gegen das Urtheil, das Kloster Neuzell in Spanien wäre dem Bischofe von Orense unterworfen, hatte jenes Berufung an den Papst eingelegt, und zugleich intervenirte der Bischof von Oviedo mit dem Anspruche, dasselbe gehöre zu seiner Diöcese. Innocenz ertheilte darauf die Weisung, die Exekution des Urtheiles bis zur Entscheidung dieses Anspruches auszusetzen [9]).

14. Leitet sich das Recht eines Zweiten von dem eines Ersten, wie das Eigenthum des Käufers von dem des Verkäufers ab, und wird dasselbe gegen diesen Ersten von einem Dritten beansprucht, so steht jener Zweite mit seinem Rechte zu diesem Streite in einem ganz andern Verhältnisse. Ihn verbindet damit seine rechtliche Beziehung zu dem Streitobjekte sowohl, als zu dem Verklagten selbst. Jenes ist zwar nicht unmittelbar sein Eigenthumsrecht, doch ist es das mittelbar und so, daß, wenn es dem Dritten aus einem dem Verkaufe voraufgegangenen Grunde zugesprochen wird, es ihm zugleich abgesprochen ist. Der Verklagte aber muß ihm vermöge des Verkaufes für das Eigenthum einstehen. In einer solchen doppelseitigen Rechtsbeziehung steht keiner der Prinzipal-Intervenienten zu einem Rechtsstreite. Daher kann Jeder dabei gleichgültig und unthätig bleiben, auch wenn er davon Kenntniß hat. Er begibt sich dadurch keines Rechtes; hier aber begibt sich der Betheiligte, der Käufer, wenn er von dem Streite benachrichtigt ist, der Vertheidigung seines Rechtes und zugleich seines Rückgriffes hinsichtlich dieser Sache selbst auf seinen Auktor. Ohne sein Wissen kann er auf Beides nicht verzichten

---

[7]) Fr. Is, a quo. 57. in f. D. de rei vind. (6. 1.): »... Respondi, uter prior judex judicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui jubere, ut possessori caveret, vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.« Fr. Cum idem. 57. in f. D. de haered. petit. (5. 3.): »... Sed melius est, officio judicis cautione vel satisdatione victo mederi.«

[8]) Fr. Procuratoris. 5. §. 19. D. de tributor. act. (14. 4.)

[9]) C. Cum nuper. 17. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

wollen und nicht als verzichtend angesehen, daher auch kein ihn bindender Richterspruch erlassen werden. Gegen einen solchen könnte er Berufung ergreifen[1]) und ihm blieben seine Ansprüche dem Verkäufer gegenüber ungeschwächt[2]).

Somit liegt es diesem ob, ihm den Streit anzuzeigen, litem denuntiare, oder vielmehr, ihn gerichtlich zuladen zu lassen, ad litem adcitare. Unterläßt er das, so macht er sich des Dolus verdächtig[3]). Bleibt der Zugeladene unthätig, so setzt er sich selbst den möglichen Nachtheilen aus[4]). In so fern er diese abwehren will, muß er sich dem Streite anschließen.

Das eigentliche Objekt seiner Thätigkeit ist das Recht seines Auktors, und ihr Zweck ist die Unterstützung desselben bei Vertheidigung dieses seines Rechtes, daher wird sein Anschließen, zur Unterscheidung von der Prinzipal-Intervention, eine accessorische genannt. Weil durch diese Intervention nicht ein eigenes Klageobjekt eingeführt wird, so erfordert sie auch keine eigene Klage, sondern nur eine Anmeldung, jedoch mit der Nachweisung des Interesses und mit diesem der Berechtigung[5]), legitimatio, die in einer summarischen Zwischenverhandlung geprüft wird. Die Anmeldung kann auf jeder Stufe des Prozesses geschehen, dann aber muß der Intervenient die Sache in dem Stande annehmen, in welchem er sie trifft[6]).

---

1) Fr. Ab executore. 4. §. 3. D. de appell. (49. 1.): »... si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas.« Fr. Si perlusorio. 14. pr. D. eod.

2) Fr. Saepe. 63. D. de re jud. (42. 1.): »... Non scientibus nihil praejudicat.« Fr. Si perlusorio. 14. pr. D. de appell. (49. 1.): »... hodie hoc jure utimur, ut possint appellare, sed et agere causam apud ipsum judicem.« §. 1: »... salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset judicatum.«

3) Fr. Si fundo tradito. 53. §. 1. D. de evict. (21. 2.): »Si ... non denuntiasset idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse.«

4) Fr. Saepe. 63. D. de re jud. (42. 1.): »... cum quis de re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur: veluti si ... experiri passus sit ... possessor venditorem de proprietate rei emptae ... is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios judicatae summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.«

5) Gl. zu c. Veniens. 38. X. de test. (2. 20.) in cas.: »Cum quis dicit, se debere admitti, dicens, quod sua interest, plene debet probare, quod sua interest, licet hoc sciat; alias non admitteretur.«

6) C. Si illi. 2. in f. Ut lite pend. in 6. (2. 8.): »... Sane, si ad defen-

Wäre der Käufer gestorben, so würden seine Erben an seine Stelle mit ratirlichen Ansprüchen treten, wenn nicht neue Rechtsgeschäfte ihr Verhältniß geändert hätten, weßhalb denn an jeden Mitberechtigten eine Adcitation ergehen müßte [7]).

Diese Intervention kann ebenfalls in den höheren Instanzen, wie in der ersten Statt finden [8]).

15. Das hier Angegebene findet auf alle Fälle Anwendung, in denen eine gleiche, oder doch gleichartige Berechtigung in Beziehung auf das Streitobjekt gegeben ist. Bei der Beurtheilung dieser Berechtigung ist vor Allem erforderlich, sich das eigentliche Rechtsverhältniß des Intervenienten zu dem Gegenstande des Streites und zu der Partei klar zu machen. Das aber wird mehr durch veranschaulichte Beispiele, als durch abstrahirte Regeln, erleichtert.

Dem Eigenthum an einer Dotalsache steht der Mann am nächsten; läßt er nun seine Frau, oder ihren Vater wissentlich über dasselbe gerichtlich handeln, so befindet er sich ganz in der Lage des Käufers, der den Verkäufer über das Eigenthum des Gekauften ohne seine Intervention ein Urtheil erwirken läßt [1]). Nach Auflösung der Ehe tritt die Frau hierin zu ihrem Vater in das nämliche Verhältniß [2]).

Legatare sowohl, als testamentarische Erben leiten ihr Recht aus dem Testamente ab. Wird daher dessen Gültigkeit von Intestaterben gegen die testamentarischen angefochten, so geräth das Recht der Legatare in eine ähnliche Gefahr, wie das Eigenthumsrecht des Käufers in dem besprochenen Falle, und sie müssen interveniren, je nach Lage der Sache können sie auch, wenn nämlich ein Spruch gegen die Gültigkeit ergangen wäre, appelliren [3]). Das Recht der Intervention hat der Legatar auch,

---

sionem ipsius litis aliqui, quorum intererit, petierint se admitti, eos in illo statu, in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos.«

[7]) Fr. Si rem. 62. §. 1. D. de evict. (21. 2.): »... omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent.«

[8]) Not. 1.

[1]) Fr. Saepe. 63. D. de re jud. (42. 1.): »... Veluti si ... experiri passus sit .... maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae.«

[2]) Fr. Titia. 34. D. solut. matr. (24. 3.): »... Titius ... dotem sibi reddi postulat: ipsa ... de dote agere vult .... Respondi, patri, nisi probet filiam ... consentire sibi, denegandam actionem.«

[3]) Fr. Si suspecta. 29. pr. D. de inoff. test. (5. 2.): »... adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri, constitutum est: eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit.« Fr. A sententia. 5. §. 1. D. de appell. (49. 1.). Fr. Perlusorio. 14. pr. D. eod. §. 11. Not. 2.

wenn ihm eine noch in einem Streite befangene Sache vermacht worden ist[4]).

Der Verkäufer einer Sache muß dem Käufer für das Eigenthum Eviktion leisten. Wird nun dasselbe gegen den Käufer von einem Dritten aus einem dem Verkaufe voraufgegangenen Rechtsgrunde in Anspruch genommen, so kommt auch das Recht des Verkäufers in Frage, um dessen willen er abcitirt werden muß[5]).

Da der Pfandgläubiger durch das Pfand eine Sicherheit für seine Forderung haben soll, so hat er, wenn dessen Eigenthum gegen den Schuldner durch einen Dritten bestritten wird, an dem Streitobjekte ein wichtiges Interesse, und dadurch an dem Streite selbst[6]).

Wird statt des Schuldners der Bürge von dem Gläubiger zur Zahlung angehalten, so ist es des Schuldners Interesse, nicht nur, daß der Streit rechtlich durchgeführt wird, sondern auch, daß die ihm zu Gebote stehenden Einreden zur Geltung kommen[7]).

Sechster Titel.

Contumacial=Verfahren.

1. Hier nun ist vorerst noch nachzutragen, wie im Civilverfahren hinsichtlich des Streitobjektes gegen den Contumax zur Sicherung des gesuchten Rechtsschutzes gehandelt werden kann[1]). Am schwierigsten ist die Lösung der Fragen im Falle der Contumacia vor der Litiscontestation, da ohne sie kein Beweisverfahren Statt finden kann[2]),

---

[4]) Nov. 112. c. 1.

[5]) Fr. Si fundo tradito. 53. §. 1. D. de eviction. (21. 2.) §. 14. Not. 3. C. Post perfectam. 1. C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48.). C. Emptor. 8. C. de evict. (8. 45.)

[6]) Fr. Saepe. 63. D. de re jud. (43. 1.): »... Veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris.« Fr. Ab executore. 4. §. 4. D. de appell. (49. 1.): »... cum debitor victus appellasset, nec ex fide causam defenderet.« C. Praeses. 5. C. de pignor. (8. 14.)

[7]) Fr. Si procuratorem. 8. §. 8. Fr. Idemque. 10. § 12. D. mand. (17. 1.)

[1]) B. 1. T. 19. §. 11.

[2]) T. 1. §. 8. Not. 9.

insbesondere aber, wenn der Verklagte contumax ist. Denn das Recht des Klägers kann nicht von fremdem Willen abhängig bleiben, und wenn jenem aus seinem Verhalten kein Vortheil erwachsen darf, so muß zugleich doch sein Recht so weit offen und ungeschmälert erhalten werden, als die Gerechtigkeit erheischte, falls er entweder gar nicht in Culpa gewesen, oder dem Kläger gegenüber wohl zu nichts verpflichtet wäre. Unter diesen Umständen muß sich der Kläger zufrieden geben, wenn ihm mögliche Sicherheit für sein Recht gewährt wird.

Handelt es sich nun bei einer Realklage um eine bestimmte Sache, oder um ein sachliches Recht, so wird der Kläger zu ihrer Verwahrung in den Besitz eingewiesen, possessio rei servandae causa [3]), wodurch er ein Pfandrecht daran und deren faktischen Besitz, detentio, nicht den wirklichen, den juristischen, possessio, als wäre sie ihm eigen, erwirbt [4]). Dem Verklagten verbleibt das Eigenthum, und er kann seine Sache wieder erlangen, wenn er sich binnen Jahresfrist vor Gericht stellt; allein dann befindet er sich in dem Nachtheile, daß er um den Wiedererwerb des Besitzes als Kläger, petitor, auftreten muß [5]), jedoch kein Gehör findet, bevor er Caution geleistet, daß er die Streitsache fortsetzen werde [6]), und die verursachten Kosten erstattet [7]), oder Bürgschaft gestellt hat. Entspricht er diesem nicht, so wird der Kläger nach Ablauf des Jahres in den wahren Besitz wie ein Eigenthümer, possessio, eingewiesen [8]),

---

[3]) C. Si adversarius. 4. X. de eo qui mitt. in poss. (2. 15.): »... jure petere potes, ut in possessionem earum terrarum, de quibus quaestio vertitur, causa custodiae inducaris.« C. Ad haec. 1. X. de dolo et cont. (2. 14.). C. Tuae fraternitati. 3. X. ut lit. non cont. (2. 6.)

[4]) Fr. Si duo. 3. §. 8. D. Uti possid. (43. 17.): »Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto Uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident. Idemque et in caeteris omnibus, qui custodiae causa missi sunt in possessionem, dicendum est.« Fr. Si quis. 10. §. 1. D. de adqu. v. amitt. poss. (41. 2.). Fr. Cum legatorum. 12. D. quib. ex caus. (42. 4.). Fr. Ait Praetor. 1. §. 1. pr. D. ne vis fiat. (43. 4.)

[5]) C. Consentaneum. 8. C. quomod. et quand. (7. 43.): »... adversarium petitorem constituere.«

[6]) C. Si quis. 8. §. 3. C. de praescr. XXX. v. XL. ann. (7. 39.): »... intra annum se offerenti cautionemque suscipiendae litis danti, eandem rem recipere, superque ea cognitionalia subire certamina.«

[7]) C. Sancimus. 15. C. de jud. (3. 1.). Nov. 112. c. 3. §. 1. 2. C. Quoniam. 5. §. 6. X. ut lit. n. cont. (2. 6.)

[8]) C. Si contingit. 9. in f. X. h. t.: »... actor verus constituatur elapso anno possessor.« C. Pastoralis. 11. §. 1. X. de off. jud. ord. (1. 31.)

so jedoch, daß jenem das Recht verbleibt, das Eigenthum zu beanspruchen [9]).

Wird eine Forderung geltend gemacht, so wird der Kläger in den Besitz eines, der Größe der Forderung entsprechenden Theiles des Mobilarvermögens des Schuldners, oder, wenn dieses nicht ausreicht, der Immobilien eingewiesen, und zwar mit den nämlichen Wirkungen, wie bei Realklagen [10]). Statt der Besitzeinweisung können auch, wenn es der Richter für zweckdienlich erachtet, Censuren verhängt werden [11]), wenn andere Strafen nicht zum Ziele führen [12]).

2. Die Besitzeinweisung geschieht durch einen richterlichen Spruch [1]), sententia, gewöhnlich Beschluß, decretum, genannt, und zwar erstes Dekret, im Gegensatze zu dem zweiten in Betreff des wirklichen Besitzes. Ueber letzteres wird gefragt, ob es zu diesem Besitzerwerb nothwendig sei, oder ob er sich nach Ablauf des Jahres von selbst verstehe. Bei Personalklagen wird die Nothwendigkeit eines zweiten Dekretes nicht bezweifelt [2]), und mit Recht, da die Gesetze eine richterliche Untersuchung vorschreiben und ausdrücklich ein zweites Dekret als erforderlich bezeichnen [3]). Da nun bei Realklagen der überwiesene Besitz kein anderer, als bei den Personalklagen ist und keinerlei andere Wirkungen hat, auch die

---

[9]) C. Quoniam. 5. §. 6. X. ut lit. n. cont. (2. 6.): »... super proprietate duntaxat adversae parti defensione legitima reservata.« C. Constitutis. 1. X. de eo, qui mitt. in poss. (2. 15.). C. Dilecto. 28. X. de V. S. — Das c. Quoniam. 5. §. 6. X. ut lit. non cont. über die Behandlung des Besitzers der Sache, ohne Eigenthümer zu sein, wie des Depositars, des Pächters, ist fast wörtlich die const. Si quis. 2. C. ubi in rem act. (3. 19.)

[10]) Nov. 53. c. 4. §. 1. Auth. Et qui jurat. C. Cum proponas. 9. C. de bon. auct. jud. poss. (7. 72.). Hierdurch sind c. Cum proponas. 9. C. Cum apud. 10. C. eod. modificirt.

[11]) C. Quoniam. 5. §. 8. X. ut lit. non cont. (2. 6.). C. Cum parati. 19. pr. X. de appell. (2. 28.)

[12]) Conc. Trid. sess. 25. C. 3. de ref.

[1]) Fr. Praetor ait. 2. pr. D. quib. ex caus. (42. 4.): »... in bona ejus ... iri jubebo.« C. Romana. 1. §. 3. de for. comp. in 6. (2. 2.)

[2]) Gl. zu c. Pastoralis. 11. X. de off. ord. (1. 31.) v. constituatur. Durand. lib. 2. par. 1. de sec. decr. §. 4.

[3]) Fr. Possideri. 3. §. 23. D. de acqu. v. amit. poss. (41. 2.): »... dum ... in possessionem missi sumus, ... etiam possidere nobis ... Praetor causa cognita, permittit.« Gl. ibid. v. nobis: »per secundum decretum.« Fr. Si finita. 15. §. 20. 21. D. de damn. in f. (39. 2.). Ibid. §. 16: »... qui in possessionem ... mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur.«

Gesetze nirgend die Wirkungen der Einweisung als verschieden andeuten, vielmehr ausdrücklich angeben, bei Personalklagen solle der Contumax, wie bei den dinglichen, behandelt werden[4]), und in Betreff dieser in den nämlichen Ausdrücken, wie bei jener geschieht, bestimmen, nach dem ersten Jahre solle der Kläger als wahrer Besitzer erklärt werden, constituatur, oder: »decernimus, ut possessionem absque contradictione habeatis;« so kann die abweichende Ansicht nur auf Mißverständniß beruhen. Das Mißverständniß ist durch Verwechselung des faktischen mit dem juristischen Besitze veranlaßt[5]).

Der wahre Besitz nun führt zum Eigenthumserwerb; außerdem kann auch, wie bei jedem Pfandrechte, durch richterliches Erkenntniß zum Verkaufe geschritten werden. — Milder ist die Uebergabe der Sache in die Verwahrung eines Dritten durch Sequestration, die ebenfalls verfügt werden kann[6]).

3. Erschiene zwar der Verklagte, gäbe aber auf die Frage keine, oder nur dem Streite ausweichende Antworten; so wäre er nur in einem Punkte gehorsam gewesen und müßte in dem andern als ungehorsam behandelt werden, und das zwar sofort, oder nach Ablauf einer neu anberaumten Frist. Wäre schon eine Strafe verfügt, so würde sie durch das bloße Erscheinen nicht unwirksam werden können[1]).

Da übrigens die Nachtheile nicht ohne Weiteres eintreten, sondern darüber erst nach vorgängiger Untersuchung der Sache erkannt wird; so wird der Abwesende nicht nothwendig verurtheilt, er kann vielmehr frei gesprochen werden[2]). Ergäbe sich auf Seiten des Klägers nur Chicane, so müßte er die Kosten tragen[3]), sonst aber der Abwesende.

---

4) §. 1. Not. 11.

5) Die Glosse setzt zu c. Contingit. 9. X. h. t. (2. 14.) v. constituatur ohne Weiteres voraus, in c. Pastoralis. 11. X. de off. jud. ord. sei von juristischem Besitze die Rede, da es nur vom faktischen handelt. Durantis findet l. c. §. 5. n. 9. in c. Quoniam. 5. §. 6. X. ut lit. n. cont., in c. Si quis. 8. §. 3. C. de praescr. XXX. und im ganzen Titel de eo, qui mitt. in poss. den nämlichen Besitz, sucht sich aber die Schwierigkeit durch die Einschaltung zu heben, der Eingewiesene besitze wirklich, »non tamen incommutabiliter,« räumt jedoch zugleich ein: »non tamen usu capit, nisi post annum,« und war sich nicht klar. Er bezeugt zugleich: »Alii autem . . . et quasi omnes Canonistae, dicunt, quod non vere possidet, sed custodit.«

6) C. Ex litteris. 2. X. h. t.

1) C. Si duobus. 7. X. de appell. (2. 28.). Gl. v. tenebit.

2) Fr. Et post edictum. 73. pr. D. de jud. (5. 1.): » . . . agetur causa et pronunciabitur: non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.« C. Non semper. 1. C. quom. et quand. (7. 43.)

3) B. 1. Tit. 19. §. 4.

Da im summarischen Verfahren die [illegible] nicht [illegible]-lich ist, [illegible] die Untersuchung [illegible].

4. Erscheint der [illegible] der K[illegible] in dem zur gerichtlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht: so kann er deßhalb noch nicht [illegible] werden, als hätte er die Sache zum aufgegeben, auch ist er noch nicht als contumax zu behandeln. [illegible] den dadurch verursachten Kosten [illegible] muß ihn der Richter dem [illegible] Verklagten verurtheilen, und er kann auch keine neue Ladung erwirken, wenn er nicht zuvor für den [illegible] im Termine [illegible]. Der Verklagte wird nämlich von der Instanz entbunden[3]. Derselbe kann jedoch auch auf eine richterliche Entscheidung antragen und zu dem Ende die [illegible] zum Contumacial-Verfahren erheben, nach deren Beendigung die Untersuchung fortgeführt, und eine Entscheidung gegeben werden kann[4].

5. Erweist sich der Verklagte nach der Litiscontestation contumax, so ist litis desertio[5] eremodicium[6] eingetreten, und nach dem Erkenntniß über die Contumacia wird die Untersuchung durchgeführt und nach dem Ergebnisse erkannt[7], sei es gegen oder für den Verklagten. Dieser jedoch hat immer die Kosten zu tragen[8]. — Ist die Sache nicht so erwiesen, daß eine Entscheidung ergehen kann; so wird der Kläger in den wahren Besitz der Sache oder eines entsprechenden Vermögens-theiles eingewiesen, und dem Abweisenden nur das Klagerecht auf das Eigenthum vorbehalten[9].

---

1) B. 3. T. 1.

2) B. 1. Tit. 19. §. 7. Not. 4.

3) Fr. Et post edictum. 73. §. 2. D. de jud. (5. 1.): »... Et magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.« C. Properandum. 13. §. 2. C. eod. (3. 1.): »... volumus, non solum partem fugientem ab observatione judicii relaxare, sed etiam in omnes expensas ... eum condemnare.«

4) C. Caussam. 3. X. h. t. (2. 14.): »... Ceterum, si adversarius legitime citatus ... parere contempserit ... receptis testibus alterius partis ... ad proferendam sententiam procedatis.« Gl. v. ad domum: »... ne sit in potestate actoris, cum voluerit, reum vexare.«

5) Fr. Liberto. 31. §. 2. D. de negot. gest. (3. 5.). Fr. Si servus. 11 D. judic. solvi. (46. 7.).

6) Fr. Cum quaerebatur. 13. pr. D. jud. solvi.

7) C. Properandum. 13. §. 3. C. de jud. (3. 1.)

8) B. 1. T. 19. §. 11.

9) C. Prout nobis. 4. X. h. t.: »... servata duntaxat quaestione proprietatis absenti.« Gl. v. terminatis.

6. Unterläßt der Kläger nach der Litiscontestation die Fortsetzung des Streites, so wird dieser ebenfalls nach vorgängigem Spruche über die Contumacia zu Ende geführt, und der Kläger immerhin in die Kosten verurtheilt. — Kann aber ein Spruch nicht ergehen, so wird der Verklagte von der Instanz absolvirt [1]).

7. So lange in der Sache kein Endurtheil ergangen ist, kann der Ungehorsame sie wieder aufnehmen, allein nur in der Lage, in welcher er sie findet. — Ist wegen Litisdesertion ein Urtheil gesprochen, so kann es nicht durch Berufung [1]), sondern nur durch Rechtsherstellung, in int. restitutio, wieder abgeändert werden [2]).

Siebenter Titel.

Erlöschung der Instanz. Klagenverjährung.

1. Nachträglich sind hier auch noch die Erlöschung der Instanz und die Klagenverjährung zu besprechen.

Von der Instanz ist bisher wiederholt Erwähnung geschehen: zuerst, wo vom Instanzenzuge [1]), und zuletzt, wo von den Folgen der Contumacia [2]) die Rede war. An der letzten Stelle ist von dem Kläger gelehrt, daß für ihn, wenn er vor der Litiscontestation nach ergangenem Ladungsedikte in dem zu den gerichtlichen Verhandlungen, oder nach der Litiscontestation in dem für die ihr folgenden Verhandlungen anberaumten Termine nicht erschiene, die Instanz verloren sei und er eine neue Klage erwirken müsse. Instanz bezeichnet hier also den concreten, gerichtlich eingeleiteten oder schon begonnenen Prozeß, und der Verlust der Instanz besteht für ihn darin, daß die bis dahin geführten Handlungen vergeblich waren, und er den eingeleiteten Prozeß nicht fortführen kann, sondern einen von Neuem anfangen muß. Einen anderen Rechtsnachtheil, die Kosten ausgenommen, hat er nicht. An der ersten Stelle bezeichnet

---

[1]) C. Properandum. 13. §. 2. C. de jud.

[1]) Fr. Et post edictum. 73. §. 3. D. eod. C. Properandum. 13. §. 4. C. eod. C. De illicita. 6. §. 1. C. 24. Q. 3.

[2]) Fr. Ait Praetor. 7. §. 12. D. de minor. (4. 4.). B. 7. T. 5. §. 11.

[1]) B. 1. T. 3. §. 4.

[2]) T. 6. §. 4.

.z ebenfalls gerichtliche Prozeßhandlungen, allein in so fern sie nach gesetzlichen Stufenfolge vor den höheren Gerichten möglich oder wirklich eingeleitet oder begonnen sind. — Wo von Erlöschen der Instanz, oder von Entbindung von derselben gesprochen wird, ist nur an einen concreten Prozeß als gerichtliche Verhandlung zu denken.

Davon gilt also vorerst, daß die Instanz durch die allgemeine oder spezielle Contumacia des Klägers erlischt. In noch fünf andern Fällen wird von Erlöschen der Instanz gesprochen.

Der Prozeß erlischt erstens durch Verzicht, renuntiare, desistere, sei er ein ausdrücklicher, oder ein stillschweigender. Dabei kommt es darauf an, in wie fern auf ihn verzichtet worden ist. Ist auf den Prozeß als Rechtsstreit unter den Parteien, lis, controversia[3]), verzichtet, so kann er nicht wieder aufgenommen werden. Das wäre eine Beendigung des Prozesses[4]). Ist darauf verzichtet, als Verhandlung vor Gericht, instantia, so kann nur die Instanz erlöschen, wodurch an dem Rechte selbst und an dem Prozeßrechte nichts geändert wird.

Nicht in ganz gleicher Weise verhält es sich zweitens so mit einem Vergleiche, transactio. In so fern das Erlöschen der Instanz der Gegenstand der gegenseitigen Vereinbarung durch den Vergleich wäre, würde sie allerdings dadurch erlöschen. Indessen besteht die Wirkung des Vergleiches eben darin, daß eine zweifelhafte und streitige Sache dadurch eine gewisse wird[5]), er mithin einen richterlichen Spruch entbehrlich macht. So beendigt er denn in so fern den Prozeß und den ganzen Streit, controversia, jedoch nur so, daß er, wenn er wieder erhoben oder fortgesetzt würde, durch die Exception aus dem Vergleiche unwirksam würde. Aus ihm würde denn eine neue Klage auf Erfüllung entspringen[6]).

Drittens wird durch Zahlung als Befriedigung und Erfüllung der Ansprüche[7]), solutio, der Klagegrund gehoben, und dadurch ein End-

[3]) T. 1. §. 6. Not. 11. Fr. Destitisse. 21. D. de minor. (4. 4.): »Destitisse autem is videtur, non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum.« Fr. Destitisse. 10. D. de jud. (5. 1.)

[4]) C. Postquam. 4. C. de pact. (2. 3.): »Postquam liti de praedio motae renunciasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit.«

[5]) B. 1. T. 18. §. 13. Not. 4. 5.

[6]) C. Cum mota. 6. in f. C. de transact. (2. 4.): » . . . utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.«

[7]) Fr. Solutionis. 54. D. de solution. (46. 3.)

urtheil entbehrlich [8]), wofern es nicht der Kosten wegen noch erforderlich sein sollte.

Hört viertens der Gegenstand einer Klage auf zu bestehen, so kann die Klage auf dessen Verabfolgung nicht weiter fortgesetzt werden. Eine Sache, die untergegangen ist, kann nicht ferner vindicirt werden [9]), wohl kann es der noch davon bestehende Theil [10]). Wer ohne Dolus aufhörte, Besitzer einer Sache zu sein, kann nicht weiter als solcher verfolgt und zu ihrer Herausgabe, ad exhibendum, angehalten werden [11]).

Ein anhängiger Prozeß erlischt endlich auch durch die Länge der Zeit. In erster Instanz müssen die Prozesse, so weit es von den Parteien abhängt, in drei Jahren beendigt werden [12]). In andern Fällen erlöschen sie in vierzig Jahren nach der letzten gerichtlichen Handlung [13]).

2. Hieran kann man auch die Frage anschließen, welchen Einfluß ein richterliches Endurtheil und der Tod einer der Parteien auf die Instanz ausübt.

Der richterliche Spruch entscheidet über die verhandelte streitige Sache, er beendigt also den Streit [1]), mithin auch die Instanz und macht sie nicht bloß erlöschen, steht daher in so fern dem Vergleiche nahe. Das thut er aber nur, wenn er ein gültiger ist, weil diesen der nämliche Richter nicht ändern kann [2]); der ungültige hingegen kann von ihm durch Beseitigung der Ungültigkeit mit ihren Folgen abgeändert werden, mithin wird durch ihn die Instanz nur unterbrochen. Wird gegen ihn Be-

---

8) Fr. Cum quaerebatur. 13 pr. D. judic. solvi. (46. 7.): ». . . si forte lis finita fuerit . . . vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione, vel quo alio modo.«

9) Fr. Si servus. 11. D. judic. solvi (46. 7.). Fr. Si quadrupes. 1. §. 16. D. si quadr. paup. fec. (9. 1.)

10) Fr. Solum. 49. §. 1. D. de rei vind. (6. 1.)

11) Fr. Utique. 16. pr. Fr. Sin autem. 27. §. 1. D. eod. (6. 1.). Fr. Tigni. 7. §§. 5. 6. D. ad exhib. (10. 4.). Fr. Si servus. 11. D. judic. solvi. (46. 7.)

12) C. Properandum. 13. §. 1. C. de jud. (3. 1). C. Venerabilis. 20. X. eod. (2. 1.) steht nicht entgegen. Die Einrede des Triennii war von dem einen cavillirenden Theile vorgeschützt worden.

13) Fr. Ut sunt. 23. D. de V. S. (50. 16.). Fr. Sive ingenua. 1. §. 12. D. ad SC. Tertyll. (38. 17.). C. Saepe. 9. C. de praescr. XXX. v. XL. ann. (7. 39.). C. Super annali. 1. §. 1. in f. C. de annal. excep. (7. 40.)

1) B. 1. T. 18. §. 2.

2) A. a. O. §. 12.

rufung ergriffen, so hört durch diese die Instanz auf, und die Sache geht an die des höheren Richters, wie die Lehre von der Berufung nachzuweisen hat.

Da ein gegen einen Verstorbenen ergangenes Urtheil ungültig ist[3]), so wird in Folge davon durch den Tod des Verurtheilten, wenn er selbst den Prozeß führte, auch nur unterbrochen. Diese Folge hat der Tod, wenn der Streit durch einen Prokurator geführt worden ist, des Litisdominii wegen, nicht[4]).

Stirbt ein prozeßführender Theil vor dem richterlichen Spruche, doch nach der Litiscontestation, so geht der Prozeß auf die Erben über[5]), und zwar in der Lage, in welcher derselbe sich befindet[6]). So tritt denn ebenfalls nur eine Unterbrechung ein. Zur Fortführung des Prozesses, ad reassumendum, können die Erben auch gezwungen werden, jedoch erst nach Ablauf der ihnen zustehenden Deliberationsfrist und der zur Entwerfung des Inventars, wenn von dieser Wohlthat, beneficium inventarii, Gebrauch gemacht wird, erforderlichen Zeit[7]).

Stirbt der bestellte Prokurator nach der Litiscontestation, so kann aus dessen Litisdominium nicht der Uebergang des Prozesses auf dessen Erben gefolgert werden, weil seine ganze Stellung ein Verhältniß des Vertrauens zu seiner Person ist, dessen Uebergang auf Andere nicht als im Willen des Gewaltgebers gelegen angesehen werden kann. Daher erlischt mit dem Tode sein Verhältniß zu dem Prozesse, so weit es sich um dessen Fortführung handelt[8]).

3. Nach dem älteren römischen Rechte konnten in der Regel alle Real- und Personalklagen immer und ohne Beschränkung in der Zeit gerichtlich geltend gemacht worden, und nur ausnahmsweise war für die Geltendmachung gewisser Klagen eine Zeit festgesetzt. Daher hießen jene immerwährende, act. perpetuae, und, im Gegensatze zu ihnen, die anderen zeitliche, act. temporales[1]). Diese Regel änderten die

---

[3]) Fr. Paulus respondit. 2. D. quae sent. sine app. resc. (49. 8.). Fr. De qua re. 74. §. 2. D. de jud. (5. 1.)

[4]) B. 2. T. 4. §. 18. Not. 9.

[5]) B. 2. T. 1. §. 8. Not. 18. 19.

[6]) Fr. Haeredes. 8. §. 1. D. de fidej. et nom. (27. 7). Fr. Tam ex contractibus. 57. D. de jud. (5. 1.)

[7]) C. Scimus. 22. §. 11. C. de jure delib. (6. 30.). Nov. 1. c. 1. 2.

[8]) Engel. lib. 1. tit. 38. n. 22. Pirrh. eod. n. 112.

[1]) T. 4. §. 2.

Kaiser Honorius und Theodosius 424 [2]) dahin, daß die immerwährenden Klagen in 30 Jahren erhoben werden müßten; und diese Aenderung gilt noch. Indessen gibt es auch Klagen, für welche ein längere Dauer anberaumt ist, und andere ebenfalls von kürzerer Dauer. So hört der angegebene Unterschied der Klagen jetzt auf und alle sind temporelle, wenn man nicht die von 30 oder mehren Jahren immerwährende nennen will.

Diese Beschränkung der Zeit zur Geltendmachung einer Klage führt zur Klagenverjährung, indem eine Klage nach Ablauf ihrer gesetzlichen Zeit nicht mehr mit Erfolg angehoben werden kann. Wird ihre Geltendmachung versucht, so wird sie durch die Einrede der Verjährung entkräftet, erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda. Noch mehr: sie hat auch ihre rechtliche Kraft verloren, vivendi ulterius non habeant facultatem, ist mithin wirkungslos und gewährt keinen gesetzlichen Schutz mehr. Allein nicht bloß der gesetzliche Schutz, sondern auch das Recht selbst ist verloren [3]), und zwar so, daß das Bezahlte zurückgefordert werden kann [4]), die für eine verjährte Forderung gestellte Bürgschaft ungültig ist [5]), auch nicht mit einer Gegenforderung compensirt wird [6]).

Die Verjährungsfrist beginnt erst mit der Zeit, wo das Klagerecht zuständig und erwacht ist, actio nata [7]), ex quo jure competere coeperunt [8]). Ein noch nicht bestehendes, von Bedingungen, oder vom Eintritte eines Zeitpunktes abhängiges Recht, kann nicht schon als im Er-

---

[2]) C. Sicut. 1. C. Th. de action. cert. temp. finiend. (4. 14.). C. Sicut. 3. C. de praescr. XXX. v. XL. ann. (7. 39.): »Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur: sed si qua res, vel jus aliquod postulatur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda . . . Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem.«

[3]) Fr. In omnibus. 6. D. de obl. et act. (44. 7.): »In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus dies compleatur, non finit obligatio.« Mit der vollendeten Zeit erlischt also die Forderung. C. Omnes. 4. C. de praescr. XXX. (7. 39.): ». . . jus . . . . extinctum est jugi silentio.«

[4]) Fr. Si non. 26. §. 3. Fr. Qui exceptionem. 40. pr. D. de condict. indeb. (12. 6.)

[5]) Fr. Si quis. 37. D. de fidejuss. (46. 1.)

[6]) Fr. Etiam. 6. Fr. Quaecunque. 14. D. de compens. (16. 2.)

[7]) L. 4. §. 3.

[8]) Not. 2. C. Cum notissimi. 7. §. 4. C. de praescr. XXX. vel XL. ann. (7. 39.). C. Cuper annali. 1. §§. 1. 2. C. de annal. except. (6. 40.)

löschen begriffen angesehen werden. Die Frist läuft für jeden Rechtsnachfolger[9]) und ist, wie bei jeder Verjährung, erst mit dem Ablauf des letzten Augenblickes beendigt[10]). Sie muß ferner eine ununterbrochene sein, jugi silentio[11]), non interrupta.

4. Eine Unterbrechung der Verjährung kann von dem Berechtigten selbst, der verlieren soll, bewirkt werden durch Geltendmachung seines Klagerechtes, und zwar schon durch die erwirkte Citation[1]). Kann der Andere, der gewinnen soll, wegen seiner Abwesenheit, wegen seines mächtigen Einflusses, wegen seiner Kindheit oder seines Wahnsinnes nicht vorgeladen werden, so genügt zur Unterbrechung der gerichtliche Einspruch[2]). Mit dieser Unterbrechung beginnt denn eine neue Frist von 40 Jahren[3]). Hat der Berechtigte wegen einer prätorischen Annalklage eine Antwort von der höchsten Auktorität erwirkt, so ist sie dadurch eine immerwährende geworden[4]). — Diese Berechnungen werden civile genannt, interr. civiles. — Der Berechtigte unterbricht auch die Verjährung durch Ausübung des zu verlierenden Rechtes[5]).

Seitens des Gewinnenden wird die Frist unterbrochen durch ausdrückliche Anerkennung seiner Obliegenheit[6]), durch Leistung dessen, wozu er durch ein Vertragsverhältniß verpflichtet ist, so, daß die Frist von der ersten Nichtleistung an läuft[7]), oder durch Belassung des Unterpfandes im Besitze des Gläubigers[8]).

---

[9]) Fr. In usucapione. 15. §. 1. D. de divers. tempor. praescript. (44. 3.)

[10]) Fr. In omnibus. 6. D. de obl. et act. (44. 7.). Not. 3. Fr. In usurpationibus. 6. Fr. Ideoque. 7. de usurp. (41. 3.)

[11]) C. Sicut. 3. C. de praescr. XXX. Not. 2. C. Omnes. 4. C. eod. Not. 3. C. Illud. 8. X. eod. praes. (2. 26.)

[1]) T. 2. §§. 7. 9. — C. Nemo ambigit. 10. C. de acquir. et retin. poss. (7. 32.)

[2]) C. In contractibus. 14. §. 4. C. de non numer. pecun. (4. 30.). C. Ut perfectius. 2. C. de ann. except. (7. 40.), bei Grat. prs. 8. §. 5. zu c. Placuit. 15. C. 16. Q. 3.

[3]) §. 1. Not. 13.

[4]) C. Temporales. 2. C. quand. libell. princ. dat. (1. 20.)

[5]) Fr. Una est via. 18. D. de serv. praed. rust. (8. 5.). Fr. Si eo loco. 9. §. 1. D. si servit. vind. (8. 5.). Pr. Qui iter. 2. D. quem. servit. amitt. (8. 6.). C. Auditis. 15. X. de praescr. (2. 26.)

[6]) C. Cum notissimi. 7. §. 5. C. de praescr. XXX. (7. 39.): ». . . Sed et si quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit, tempora . . . interrupta esse videbuntur.«

[7]) C. eod. §. 6. C. Si quis. 8. §. 4. C. eod.

[8]) C. Cum notissimi. 7. §. 5. pr. C. eod.

Da ferner unveränderter Besitz Bedingung der erwerbenden Verjährung ist, so wird sie durch jede Aenderung desselben unterbrochen, sei es nun durch Entziehung des Besitzes [9]), oder durch dessen rechtlichen Uebergang vermöge eines Vertrages an den Eigenthümer [10]) oder an einen Andern [11]). Jede Unterbrechung der erwerbenden Verjährung ist auch eine der erlöschenden.

Die letzteren hier [12]) angegebenen Unterbrechungen werden natürliche genannt, int. naturales. Eine natürliche unterbricht gegen Jeden, die civile nur gegen den Gegner.

Verschieden von der unterbrochenen Verjährung, praescr. interrupta, ist die ruhende, praescr. dormiens. — Waren Eltern in der Kriegsgefangenschaft gestorben, so galten sie als schon vorher gestorben [13]). War ihre Gefangenschaft von langer Dauer, so konnte ihr in der Heimat zurückgelassenes Vermögen durch Verjährung an Andere übergehen. Gegen diese nun waren die mitgefangenen oder die in der Gefangenschaft gebornen Kinder, wenn sie heimkehrten, vermöge der Wohlthat des Heimkehrrechtes, postliminium, so geschützt, daß sie das elterliche Vermögen binnen 4 Jahren [14]) zurückfordern konnten [15]). Es war also keine Unterbrechung der Verjährung eingetreten, und doch war sie nach Art der unterbrochenen unwirksam [16]), so indessen, daß, wenn auch die Verjährungszeit abgelaufen war, mit der Rückkehr eine neue Frist für die Zurückforderung zu laufen anfing. Diesem analog war dem in öffentlichen Angelegenheiten Abwesenden binnen Jahresfrist nach seiner Rück-

---

9) Fr. Naturaliter. 5. D. de usurp. (41. 3.)

10) Fr. Ei, a quo. 21. Fr. Non solum. 33. §. 5. D. eod.

11) Fr. Non solum. 33. §. 4. D. eod. Fr. Qui pro donato. 5. D. pro donato. (41. 6.)

12) Not. 5—11.

13) Fr. Lex Falcidia. 1. §. 1. D. ad leg. Falcid. (32. 2.). §. Ejus, qui. 5. J. quib. non est perm. test. fac. (2. 12.)

14) C. Supervacaneum. 7. C. de tempor. in int. rest. (2. 53.)

15) C. Si ab hostibus. 5. C. quib. ex caus. maj. in int. rest. (2. 54.): »... exceptionis annuae, quae hinc objici solet, objectu res vindicare non prohiberis.« Gl. ibid. in cas.

16) Gl. zu c. Prima actione. 13. C. 16. Q. 3. v. postliminio: »... datur autem secundum leges postliminio revertentibus rescissoria intra quadriennium ... secundum canones, cum non currat in hoc casu praescriptio, non dabitur rescissoria. Hic est ergo unus casus, scilicet hostilitatis, in quo non currit praescriptio.« Diese Bemerkung ist in der Auffassung des Verhältnisses nach dem späteren Rechte gemacht.

kehr die Klage auf Aufhebung der Usucapion zuständig[17]. Gegen die erwerbende Verjährung wird mithin nur eine Art von Rechtsherstellung erwirkt, exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur[18], und eine solche Verjährung wird eine ruhende, dormiens, genannt[19]. Der Grund dieser Begünstigung ist nicht in der Gefangenschaft oder in der Abwesenheit an und für sich, sondern darin zu suchen, daß der Berechtigte außer Stand gesetzt war, sein Recht zu vertheidigen[20]. Alle Umstände, welche eine Rechtsvertheidigung unmöglich machen, begründen daher eine Rechtsherstellung[21] und bewirken ein Ruhen der Verjährung, namentlich zu Gunsten der Kirche. Dahin gehören Kriegszeiten[22], Erledigung des bischöflichen Sitzes[23], die Häresie des Bischofes[24], das Bestehen eines Schismas[25], und wenn Kirchenvorsteher über Kirchengut gegen die kanonischen Vorschriften verfügen, so läuft die Verjährung erst von ihrem Tode an[26]. — Die erwähnte Frist für die Rückforderung hat Justinian[27] geändert, oder vielmehr aufgehoben, indem er bestimmte, daß von der Verjährungszeit die Zeit der Verhinderung in Abzug ge-

---

17) §. Rursus. 5. J. de act. (4. 6.): »... permittitur domino, si possessor reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse.«

18) C. Si ab hostibus. 5. C. quib. ex caus. maj. (2. 54.)

19) Gl. zu c. Placuit. 1. X. de praesc. (2. 26.) v. Si autem: »... non currit, immo dormit interim praescriptio.«

20) C. Si Praeses. 6. C. quom. et quando jud. sent. prof. deb. (7. 43.): »... Neque enim debet adultis nocere, quidquid eo tempore statutum est, quo defensione justa, et curatoris auxilio fuerant destituti.« Fr. Hujus edicti. 1. D. ex quib. caus. maj. (4. 6.)

21) B. 7. T. 5. §. 12.

22) C. Prima actione. 13. C. 16. Q. 3. C. Ex transmissa. 10. X. de praescr. (2. 26.): »... praescriptione hostilitatis tempore non currente, restitui faciatis.«

23) C. Placuit. 1. X. eod. et Gl. v. Si autem: »Et ita vacante ecclesia non currit ei praescriptio.« C. De quarta. 4. C. Auditis. 15. X. eod.

24) Gl. zu c. Placuit. 1. X. eod. v. Si autem: »... Item si episcopus fuerit haereticus, non currit ecclesiae praescriptio ... quia tunc ecclesia quasi vacare intelligitur.« Gl. zu c. Prima actione. 13. C. 16. Q. 3. v. postliminio.

25) C. Cum vobis. 14. X. de praescr.

26) C. Si sacerdotes. 10. C. 16. Q. 3.

27) Nov. 119. c. 8: »... alios tantos ei annos super decennium adjici, quantos ex ipso decennio absens fuit.« Auth. Quod si. C. Cum post. 1. C. de praescr. l. t. (7. 33.). C. Extransmissa. 10. C. Auditis. 15. X. de praescr. Gl. Not. 16.

bracht werden müßte, so also, daß diese Zeit der Verjährung nicht fortgeht, sondern ruht.

5. Einreden können, als Vertheidigung gegen Angriffe, erst geltend gemacht werden, wenn eine Klage erhoben worden ist, können mithin nicht, wie diese und mit ihr, in gleicher Zeit verjähren[1]); ihre Verjährung kann erst von der Erhebung der Klage an laufen. Ist Einem aus der Handlung eines Andern, wie beispielsweise aus gewaltsamer Entwendung, aus dessen Betrug, eine Klage und eine Einrede entsprungen; so kann er, wenn ihm jene verjährte, diese noch immer geltend machen[2]); ob aber die Einrede wegen Betruges noch gelten könne, ist aus den Umständen zu ermessen[3]). So kann die Einrede der Ueberlistung, die dem Minderjährigen zusteht, nicht mehr, wenn er großjährig geworden, zugelassen werden[4]). Daß gegen ein schriftliches Schuldbekenntniß die Einrede wegen nicht Statt gehabter Zahlung nur in den 2 ersten Jahren gegen die Urkunde vorgebracht werden kann[5]), daher mit dieser Zeit verjährt[6]), ist spezielle Bestimmung. Dasselbe gilt von der Verjährung der Einrede hinsichtlich der Dos[7]).

6. Außer der unterbrochenen Zeitdauer ist, wie zur erwerbenden, so auch zur Klagenverjährung nach dem kanonischen Rechte guter Glaube, bona fides[1]), und zwar nicht bloß von Anfang an, sondern auch während der ganzen Verjährungszeit[2]), erforderlich.

---

[1]) Fr. Pure mihi debes. 5. §. 6. D. de dol. mal. exc. (44. 4.). C. Si pactum. 6. C. de exc. (8. 36.)

[2]) C. Licet. 5. C. eod.

[3]) Fr. Quaesitum est. 30. §. 6. D. de peculio. (15. 1.)

[4]) Fr. Nam postea. 9. §. 4. D. de jurej. (12. 2.)

[5]) C. In contractibus. 14. pr. C. de non num. pecun. (4. 30.)

[6]) C. Adseveratio. 10. C. eod.

[7]) Nov. 100. c. 1. 2.

[1]) C. Quoniam. 20. X. de praesc. (2. 26.): »... nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis.« Gl. ibid. in cas.

[2]) C. Vigilanti. 5. C. Veniens. 19. in f. X. eod. Gl. zu c. Vigilanti. 5. v. Possessor: »... sicut tempus non tollit obligationem, sic nec inducit.«

Drittes Buch.

Außerordentlicher und summarischer Civil-Prozeß.

Erster Titel.

Das Verfahren.

1. Statt vor einen delegirten Richter gewiesen zu werden, mußten verschiedene Sachen gesetzlich und herkömmlich von dem Magistrate selbst unmittelbar untersucht und entschieden werden. Der Hauptunterschied dieses Verfahrens von jenem bestand in der Unmittelbarkeit der Verhandlungen vor dem und durch den Magistrat. Die Zuweisung an einen Richter, oder an ein aus mehren Personen bestehendes Gericht, wie auch das Vorbehalten für die eigene Untersuchung, war nicht seinem Belieben überlassen; sondern es stand für ihn sowohl als Regel fest [1]), wie die Betheiligten auf die gesetzliche Untersuchungsweise ein Recht hatten. Schon dieser Umstand führte auf die Unterscheidung eines **ordentlichen** Gerichtsverfahrens und eines **außerordentlichen**. In den Pandekten sind viele Sachen zusammengestellt, die sämmtlich durch den Magistrat selbst entschieden worden sind, und der Titel lautet: »de extraordinariis cognitionibus.« Die Unmittelbarkeit dieser Verhandlungen führte aber auch nothwendig eine Verschiedenheit in ihrer Form herbei. Die Bestellung eines Judex und die Auswahl und Anpassung einer Formel fielen mit allen darauf bezüglichen Vorfragen aus [2]), und

---

[1]) Fr. **Praeses.** 1. §. 7. D. de extraord. cognit. (50. 13.): »Sed et caeterarum artium opificibus . . . **nequaquam extra ordinem** jus dicere **Praeses** debebit.«

[2]) Paulus sagt darüber in fr. **Actio.** 47. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.):

unter diesen denn auch die Litiscontestation. Die Gegenstände ferner, welche dem ordentlichen Verfahren unterworfen waren, erforderten in der Regel eine umfassendere und tiefer eingehende Prüfung, und die Untersuchung vermöge eines Auftrages und nach einer ertheilten Weisung ist an sich immer eine ganz andere, als die unmittelbare eines Gewaltgebers, der nach der persönlich gewonnenen Ueberzeugung Recht sprechen kann, da jener auch noch gesetzliche oder herkömmliche Formen einhalten muß. Dadurch gestaltete sich das ordentliche Verfahren als ein äußerlich von dem unmittelbaren sehr verschiedenes, insbesondere als ein mehr förmliches und weitläufiges [3]). Hierbei ist nicht zu denken, als wären die außerordentlichen Untersuchungen formlose, etwa wie bei administrativen Maßregeln, gewesen. Eine gewisse Förmlichkeit mußte dabei immer eingehalten werden. Wie alle amtliche Handlungen, für welche nicht eine Ausnahme speziell als zulässig anerkannt war, mußten namentlich die richterlichen am Gerichtsorte, und zwar in den regelmäßig gehaltenen Sitzungen, sessiones, vorgenommen werden. Und diese Sitzungen waren mehr oder weniger feierliche, je nach der Eigenheit des zu entscheidenden Gegenstandes selbst. Die einen konnten, ohne äußerliche Unterscheidung, auf ebenem Boden, de plano [4]), die andern nur auf dem erhöhten Gerichtssitze, pro tribunali [5]), gehalten werden. Für die Ver-

---

»... in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur,« und von den Verhandlungen vor Magistraten sagt Ulpian XXV. §. 12: »Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata; sed cognitio est Romae quidem consulum, aut praetoris, ... in provinciis vero praesidum provinciarum.« Von den Fideicommissen aber lehrt er in fr. Pecuniae. 178. §. 2. D. de V. S. (50. 16.) insbesondere noch: »... persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii executionem;« nennt also das Verfahren ohne Formeln ein extraordinarium im Gegensatze zu dem ordinarium.

[3]) Von ihm heißt es in c. Si quis. 33. pr. C. de inoff. test. (3. 28.): »... qui ... exspectato judiciorum strepitu, et multis variisque certaminibus habitis, post longum tempus ex sententia judicis vix eam reddiderit.«

[4]) Der Gegensatz von dem »de plano« ist ein erhöhter Raum. Fr. Sint certo. 5. §. 7. D. commodat. (13. 6.): »... si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit ... si, ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina.«

[5]) Frag. vatic. §. 156: »... si sint sessiones, vel pro tribunali, vel de plano.« Fr. Utile. 2. §. 1. D. quis ordo in bon. poss. (38. 15.): »Dies bonorum possessionis utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit. Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat ...? Sessiones erant nobis

handlungen selbst war kein bestimmt einzuhaltender Gang vorgezeichnet, da sich der nothwendige aus der Sache und aus dem Zwecke, nach Ueberzeugung zu entscheiden, ergab, und er mußte von selbst immer, im Vergleiche zu dem ordentlichen, ein einfacherer und kürzerer sein. Da es nun von vielen solchen unmittelbaren Untersuchungen heißt, sie sollten summatim [6]) vorgenommen werden, so nannte man dieses Verfahren später das summarische: im Gegensatze zu dem ordentlichen, das wegen seiner Förmlichkeiten das förmliche, proc. solemnis, genannt wird, heißt es auch das minder förmliche, proc. minus solemnis.

2. Dieses Verfahren hat seine Benennung als summarisches wegen seiner Unabhängigkeit von zu beobachtenden Förmlichkeiten und wegen der damit gegebenen geringern Umständlichkeit und Weitschweifigkeit erhalten, und sie berechtigt nicht, es als ein oberflächliches, minder gründliches und überzeugendes aufzufassen. Darauf deutet auch das Wort summatim nicht. Es bezeichnet das einfachere und kürzere Behandeln einer Sache gegenüber einem umständlichen und ausführlichen [1]). Noch weniger darf daraus gefolgert werden, bei solchen Untersuchungen werde zur Fällung eines entscheidenden Spruches kein strenger und vollständiger Beweis erfordert. An der erforderlichen Beweiskraft ist nichts geändert worden, und davon geschieht nirgend eine Erwähnung. Diesen Charakter gibt das allgemeine Viennensische Concil [2]) so an: »Dispendiosam prorogationem litium, quae interdum ex subtili ordinis judiciarii observatione causarum docet experientia provenire, restringere in subscriptis casibus cupientes,« und verordnet diesem gegenüber: »procedi valeat de cetero simpliciter et de plano, et sine strepitu judicii et figura.« Es hat also, statt des oft kostspieligen und langwierigen ordent-

---

computandae, quibus sedit is.« Fr. Bona. 3. §. 8. D. de bonor. poss. (37. 1.): »Si causa cognita possessio datur, non alibi dabitur, quam pro tribunali, quia neque decretum de plano, neque causa cognita bonorum possessio alibi, quam pro tribunali dari potest.« Fr. Dies. 5. §. 8. D. de damn. in f. (39. 2.): ». . . Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi.« Pr. Generaliter. 9. D. de off. Praes. (1. 18.)

[6]) Fr. Si is. 3. §. 1. D. ut in poss. legat. (36. 4.): »Nec non illa cognitio imploranda erit ab haerede, . . . de qua re summatim debet cognoscere.« Fr. Praetoriarum. 1. §. 9. D. de stipul. praetor. (46. 5.). Fr. In hac actione. 3. §. 9. D. ad exhib. (10. 4.). Fr. Si quis. 5. §. 8. D. de agn. et alend. lib. (25. 3.)

[1]) Cic. Ad Attic. V. epist. 16. §. 1: ». . . dum haec, quae longiorem desiderant orationem, summatim tibi rescriberem.« Fr. Testium. 3. §. 2. D. de test. (22. 5.)

[2]) Clem. Dispendiosam. 3. de jud. (2. 1.)

lichen Verfahrens, ein in seiner Form einfacheres und kürzeres gewollt. Wie dieses zu erzielen sei, hat es ebenfalls bestimmt und dem Richter vorgeschrieben [3]): »necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, in tempore etiam feriarum . . . procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem, quanto poterit, faciat breviorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et jurgia, testiumque superfluam multitudinem refrenando.« Durch die Beachtung dieser Punkte kann schon eine erhebliche Abkürzung bewirkt werden, ohne daß der Beweis oder die Vertheidigung leidet. Ihre Beeinträchtigung ist vielmehr untersagt. Darüber heißt es weiter: »Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur. Citationem vero ac praestationem juramenti de calumnia vel malitia, sive de veritate dicenda, ne veritas occultetur, per commissionem hujusmodi intelligimus non exclusi;« sodann ferner: »Interrogabit etiam partes, sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit, Sententiam vero definitivam . . . in scriptis . . . proferat.« Es muß also im Ganzen der Gang des ordentlichen Verfahrens mit Abkürzungen in Außerwesentlichem eingehalten werden. Unerläßlich sind die Ladung, das Beweisverfahren, die Vertheidigung, schriftliche Abfassung des Urtheils und dessen förmliche Verkündigung.

3. Das unmittelbare Untersuchen und Entscheiden des Magistrates war aber nicht die Folge einer Klage, actio, im Sinne des ordentlichen Verfahrens, sondern mußte von ihm erbeten, implorare, werden [1]). In so fern können denn auch solche Anträge nicht eigentlich Klagen heißen und werden Implorationen, der Antragsteller aber Implorant und der Gegner Implorat genannt [2]). Allein mit der Bestellung eines Judex und mit dem Gebrauche der Formeln muß auch dieser Unterschied als weggefallen angesehen werden und können Anträge dieser Art eben so gut jetzt als Klagen, actiones, gelten, wie andere, wofür früher eine Klageformel erbeten wurde.

Was nun die einzelnen Abkürzungen betrifft, so ist ein Klage-

[3]) Clem. Saepe contingit. 2. de V. S. (5. 11)

[1]) Fr. Si quis. 7. §. 1. D. de haered. pet. (5. 3.): ». . . Plane summatim aestimandum judici concessit, an bona fide imploretur judicium de testamento.« Fr. Si is. 3. §. 1. cit. D. ut in poss. legat. (36. 4.)

[2]) Durand. lib. 1. part. 1. de off. jud. §. 2.

libell nicht nothwendig, sondern die Klage kann auch mündlich vorgetragen werden, worauf sie denn zu Protokoll genommen [3]), und die Ladung verfügt wird.

Der Umstand, daß keine Litiscontestation erforderlich ist, bringt den doppelten Vortheil, daß sofort zum Beweisverfahren geschritten, oder, wenn der Vorgeladene nicht erscheint, das Contumacial-Verfahren begonnen werden kann [4]).

Bei dem ordentlichen Prozesse ist es Regel, die Fristen theils nicht zu kurz anzusetzen und die Parteien darin nicht zu beengen, und theils sie auf Verlangen weiter auszusetzen, prorogáre [5]); hier hingegen ist der Richter angewiesen, in Beidem auf Abkürzung zu achten [6]), wodurch im Verlaufe der Verhandlungen an Zeit viel ausgewonnen werden kann.

In dem Satze: »exceptiones appellationes dilatorias et frustratorias repellendo,« kommt der die Berufung betreffende Theil jetzt nicht mehr in Betracht, da Berufungen, wie sie hier als gegen Interlokute gerichtet vorausgesetzt sind, in der Regel ohnehin nicht mehr zugelassen werden. Auf die Exceptionen aber müssen die beiden näheren Bestimmungen, daß „dilatorische und frustratorische“ abzuweisen seien, gemeinschaftlich und als sich gegenseitig bestimmend bezogen werden. Das ergibt die Satzbildung und die Natur der Sache, da es nicht die Absicht sein konnte, alle dilatorische Einreden, mithin auch solche, welche, wie die forideklinatorischen und die recusatorischen, Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehen könnten, abzuweisen [7]).

---

[3]) Clem. Saepe contingit. 2. de V. S.: »... Verum quia juxta petitionis formam pronuntiatio sequi debet.« Gl. ibid. v. necessario: »... sed sufficit petitionem apud acta describi,« u. v. pronuntiatio: »expedit igitur petitionem in actis describi propter judicem, ut pronuntiationem petitioni conformet, ... propter actorem, ... ut videat super quo positiones et articulos formet, ... reo, ut liberare possit ... suas defensiones formare.«

[4]) C. Quoniam. 5. §. 1. X. ut lite non cont. (2. 6.)

[5]) B. 1. Tit. 5. §. 8.

[6]) Die Glosse ist a. a. O. v. amputet. der Meinung, diese Weisung enthalte nichts Besonderes, da dieses der Richter überhaupt könnte, fügt jedoch bei: »Sed dici potest speciale, quod in his fortius, quam in aliis judex poterit,« was nicht ganz genau ist.

[7]) Gl. l. c. v. dilatorias: »non dicit exceptiones dilatorias et appellationes frustratorias, ut per hoc innueret, exceptiones subreptionis vel nullitatis contra rescriptum, vel recusationis contra judicem, vel dilatorias solutionis, vel his similes repellendas; sed hoc intendit, quod omnis exceptio frustratoria et ad differendum judicis processum malitiose opposita repellatur.«

So wenig nun dilatorische Einreden der letzten angedeuteten Art, sind auch peremtorische, wie überhaupt alle gesetzliche Vertheidigungsmittel, defensiones legitimae, als namentlich die Aufstellung von Gegenforderungen, mutuae petitiones[8]), und Reconventionen ausgeschlossen; sie müssen indessen, wie nicht minder alle Anträge des Klägers, sofort im Anfange des Prozesses vorgetragen werden[9]).

Beim Beweisverfahren ferner kann der Richter den Parteien einen Termin zur Vorlegung ihrer Positionen und Artikel, und sodann einen solchen zur Erbringung aller Beweismittel, acta et munimenta, deren sie sich bedienen wollen, ansetzen, wobei ihnen jedoch unbenommen bleibt, statt der angegebenen Zeugen auch Urkunden zu benutzen[10]). Die Zahl der Zeugen kann der Richter beschränken.

Eine besondere Gelegenheit zur Abkürzung bieten beim Schlußverfahren die gegenseitigen Erklärungen und die Disputationen der Parteien und ihrer Advokaten oder Vertreter dar. Und dabei kann der Richter zum Spruche schreiten, ohne den Aktenschluß durch die Parteien abzuwarten[11]).

Die gerichtlichen Verhandlungen können endlich auch an allen Ferientagen, die der menschlichen Bedürfnisse wegen, necessitates, eingeführt sind, mithin nicht an Feiertagen[12]) vorgenommen werden.

Würde übrigens das ordentliche Verfahren ohne Einspruch der Parteien ganz oder theilweise befolgt, so würde das den Verhandlungen selbst nicht schaden[13]).

---

8) Fr. Praeses. 1. §. 15. D. de extr. cogn. (50. 13.). Gl. zu Clem. Saepe. cit. v. Si quid: »... sic arguitur, quod in causis, quae requirunt plenam cognitionem, beneficio reconventionis possit hoc casu procedi summarie, sicut in conventione.«

9) Clem. Saepe. cit.: »... Verum quia juxta petionis formam pronuntiatio sequi debet, pro parte agentis, et etiam rei, si quid aliud petere voluerit, est in ipso litis exordio petitio facienda.«

10) Clem. Saepe. cit.: »... judex ... nisi aliud de partium voluntate procedat, ad dandum simul utrosque terminum dare possit, et ad exhibendum omnia acta et munimenta ... post dationem articulorum diem certum ... assignare ...«

11) Clem. Saepe. cit. in f.: »... Sententiam ... proferat, etiam, si ei videbitur, conclusione non facta.«

12) Clem. Saepe. cit.: »... tempore etiam feriarum ob necessitates hominum indultarum a jure procedere valeat.« Gl. v. ob necessitates: »... A contrario vero hujus litterae patet, quod feriis introductis in honorem Dei et sanctorum procedere non potest.«

13) Clem. Saepe. in f.: »... Si tamen in praemissis casibus solemnis ordo judiciarius in toto vel in parte, non contradicentibus partibus, observatur, nonerit processus propter hoc irritus, nec etiam irritandus.«

Zweiter Titel.

Gegenstände des summarischen Prozesses.

1. Zu den summarisch zu verhandelnden Sachen gehören nach gemeinem Rechte besonders folgende:

alle vorläufig und beiläufig zu entscheidende Präjudicial- und Incidentpunkte [1];

Alimentenstreitigkeiten [2];

Rechnungen der Lehrer der freien Künste, der Aerzte und Hebammen, der Abschreiber, Schnellschreiber und Rechner, der Anwälte und Aller, welche gerichtlichen Beistand leisten [3];

Bausachen [4];

Verweigerung des schuldigen Begräbnisses [5] und Verhinderung des Begrabens [6];

---

[1]) Fr. In hac actione. 3. § 9. D. ad exhib. (10. 4.). Die Klage auf Herausgabe einer Sache oder Urkunde kann nicht allein der Eigenthümer, sondern auch Jeder, der ein Interesse an deren Vorlage hat, anstellen (B. 1. Tit. 13. §. 9.); und dieses Interesse wird summarisch untersucht: »judex igitur summatim debet cognoscere, an ejus intersit, non, an ejus res sit, et sic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.« — Ist bei der Exekution eines Richterspruches über das Eigenthum an einer Sache zu entscheiden, so geschieht es Behufs der Pfändung und Exekution, also präparatorisch und ohne Entscheidung über das Eigenthum selbst. Von den Exekutoren heißt es fr. A divo. 15. §. 4. D. de re jud. (42. 1.): »Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare« C. Adite. 1. C. de ord. judic. (3. 8.). Gl. c. Quoniam. 5. X. ut lit. non contest. 2. 6.) v. procedendum: »Super principali, sed super incidenti interdum vel emergenti bene recipiuntur testes, ut probetur, quod citatio pervenit ad aliquem, vel quod contumax fuerit.« Durand. lib. 1. part. 1. de off. judicum. §. 8. n. 5.

[2]) Fr. Si quis a liberis. 5. §. 8. 12. D. de agnosc. et alend. lib. (25. 3.): »... summatim judices oportebit super ea re cognoscere.« Fr. Eadem. 2. D. de fer. (2. 12.)

[3]) Fr. Praeses. 1. pr. §§. 1. 2. 4. 5. 6. 10. 11. D. de extraord. cognit. (50. 13.). Pirrh. de judiciis. II. 10. 14. 101: »... causae mercedum et salariorum.«

[4]) C. un. C. de novi oper. nunc. (8. 11.). C. Ex quo. 12. §. 7. C. de aedif. priv. (8. 10.)

[5]) Fr. Et si quis. 14. §. 2. D. de relig. (11. 7.)

[6]) Fr. Praetor ait. 1. §§. 1. 5. 7. D. de mort. infer. (11. 8.). Fr. Ne corpora. 38. D. de relig. Fr. Praetor ait. 3. §. 4. D. de sepulchro viol. (47. 12.). C. Cum sit. 6. C. eod. (9. 19.)

erlittene Schiffbrüche[7]);

geringfügige Sachen, und insbesondere alle Sachen der Armen[8]);

die Einweisung einer Schwangern in den Besitz der Hinterlassenschaft des Ehemannes, wenn ein Anderer als Erbe eingesetzt ist, missio ventris in possessionem contra tabulas[9]);

die Einweisung eines Unmündigen, impubes, dessen Abstammung bestritten wird, in den Besitz der Erbschaft[10]).

Provisorische Verfügungen werden nicht allein während des Laufes, sondern auch vor dem Anfange eines Prozesses erlassen, wenn sonst der Zweck gar nicht erreicht, oder doch sehr erschwert würde. Dahin gehören:

die Einweisungen in den Besitz zur Erhaltung einer Sache, rei servandae causa[11]), und die provisorischen Sicherheitsleistungen, satisdationes, so zu Gunsten der Gläubiger gegen den verdächtigen Erben[12]), für die Erben gegen den Legatar, wenn zweifelhaft ist, ob nach der lex falcidia nur über drei Viertheile des Vermögens verfügt worden ist[13]), für den Nuncianten wegen eines Neubaues, operis novi nunciatio, von Seiten des Nunciaten, wenn dieser den Fortbau nicht einstellt[14]), für den zu befürchtenden Schaden durch ein baufälliges Gebäude, cautio damni infecti[15]); es gehört dahin ferner

die gerichtliche Hinterlegung bei einem Dritten, sequestratio[16]),

---

[7]) C. De submersa. 5. C. de naufr. (11. 5.). Pirrh. l. c.: »... causae naufragiorum.«

[8]) Nov. 17. c. 3. Gl. ibid. v. vilium: »s. personarum et pauperum hominum.« Pirrh. l. c.

[9]) Fr. Sicut liberorum. 1. pr. §. 14. D. de ventre in poss. mittend. (38. 9.). Fr. Ubicunque. 7. §. 1. D. eod.

[10]) Fr. Si cui. 1. pr. Fr. Carbonianum. 3. §. 4. D. de Carbon. edict. (37. 10.)

[11]) Fr. Tres fere. 1. D. quib. ex caus. in poss. eatur. (42. 4.). C. Si quis alterius. 2. C. ubi in rem act. (3. 19.)

[12]) Fr. Si creditores. 31. pr. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.). Fr. De eo autem. 26. D. de jud. (5. 1.)

[13]) Fr. Si cui plus. 1. pr. Fr. Haec autem. 4. pr. D. Si cui plus quam per. leg. Falc. lic. leg. sit. (35. 3.)

[14]) Fr. Non solum. 8. §. 2. D. de op. nov. nunc. (39. 1.)

[15]) Fr. Praetor ait. 7. pr. D. de damno inf. (39. 2.)

[16]) Wer die Sache in Verwahr erhält, heißt sequester, tri oder tris. Fr. Ei, apud quem. 5. §. 2. D. depos. (16. 3.). Fr. Sequester. 110. D. de V. S. Das Hinterlegtsein, der Zustand der Verwahrsam ist sequestrum oder sequestre. Fr. Proprie. 6. D. depos.

welche die necessaria genannt wird im Gegensatze zu derjenigen, die mit beiderseitiger Einwilligung Statt findet, seq. voluntaria. — wenn bei einem Streite um eine bewegliche Sache der Verklagte verdächtig ist und keine Sicherheit leistet[17]), — wenn der wegen eines unbeweglichen Gutes Verurtheilte appellirt und der Verschleuderung der Früchte verdächtig ist[18]), — oder der Mann der Verschleuderung der Dos während der Geisteskrankheit der Frau offenbar verdächtig ist[19]), — wenn der wegen einer Sache Verurtheilte gegen die Exekution appellirt[20]), — wenn der zum Gewahrsam in den Besitz Eingewiesene die Früchte vergeudet[21]), — wenn zwischen den Streitenden Gewalt gefürchtet wird[22]), — wenn der wegen eines Fideikommisses Verurtheilte appellirt und nicht Sicherheit leistet, zugleich auch der Gegner gegen Besitzeinweisung nicht Bürgschaft stellen kann[23]), — wenn Colonen im Streite mit den Landeigenthümern wegen des Einkommens keine Bürgschaft stellen wollen oder können, so werden die Erträgnisse oder deren Werthe sequestrirt[24]), — wenn bei einem Streite wegen eines Beneficiums keine Partei in dessen Besitz ist, so muß, wie wenn sich Erben über Schuldforderungen der Erbschaft nicht einigen können, für Sicherung der Einkünfte, nöthigen Falles durch Sequestration, gesorgt werden[25]); — hat der Kläger wegen Erwerbes eines Beneficiums sein Recht noch nicht nachgewiesen, so kann er, wenn der andere Theil contumax wird, nicht in den Besitz eingewiesen werden[26]), und dann wird das Beneficium sequestrirt[27]); ähnlich ist die Ueberweisung eines eigenmächtig geschiedenen Weibes an eine ehrbare Frau, wenn die Rückkehr

---

17) Fr. Si fidejussor. 7. §. 2. D. qui satisd. cogant. (2. 8.)

18) Fr. Imperatores. 21. §. 3. D. de appell. (49. 1.). C. Ab eo. 3. X. de sequest. poss. et fruct. (2. 18.). C. Quoties. 26. C. 2. Q. 6. aus Paul. sent. v. 36.

19) Fr. Si cum dotem. 22. 8. D. sol. matrim. (24. 3.). Aehnlich ist der Fall in c. Per vestras. 7. X. de donat. int. vir. et ux. (4. 20.)

20) C. Ab executione. 5. C. quor. app. non recip. (7. 65.)

21) C. Dilectus. 2. X. de sequest. (2. 17.). Gl. v. distrahant.

22) Fr. Si cujus. 13. §. 3. D. de usufr. (7. 1.). C. Ad hoc. 1. X. de sequ. (2. 17.)

23) Fr. Postquam. 5. §. 1. D. ut leg. seu fidec. serv. causa caveatur. (36. 3.)

24) C. Litibus. 20. §. 1. 2. C. de agric. (11. 47.)

25) Clem. un. de sequestr. (2. 6.). Fr. Si quae. 5. D. famil. ercisc. (10. 2.)

26) C. un. de eo, qui mitt. in poss. in 6. (2. 7.)

27) C. Ad hoc. 1. X. de sequ. (2. 17.)

wegen der Härte des Mannes nicht verfügt werden kann, zu ihrer Sicherheit bis die Sache entschieden ist[28]), — oder wenn die Ungültigkeit der Ehe wegen erzwungener Einwilligung behauptet wird[29]), oder die Braut vor Vollziehung der Ehe in ein Kloster trat und darin bis zum Schlusse des Streites verbleiben muß[30]); — endlich kann auch statt der Besitzeinweisung wegen Contumacia die Sequestration als mildere Form erkannt werden[31]).

Solche interimistische Verfügungen können auch in folgenden Fällen getroffen werden:

wenn gewiß oder doch wahrscheinlich ist, daß der Verklagte Vermögen des Klägers in Händen hat, so kann jener zu einem Kostenvorschusse für diesen angehalten werden[32]);

wenn in einem Streite auch die Alimentation in Frage steht, so kann, bis die Verpflichtung nachgewiesen ist, auf die Alimentation provisorisch erkannt werden[33]);

für Streitigkeiten wegen Besitzes oder Quasibesitzes besteht ein eigenes Verfahren, possessorium ordinarium genannt, wovon noch speziell die Rede sein muß. Ist bei diesem Verfahren Gewaltgebrauch der Parteien oder sonst ein erheblicher Nachtheil zu befürchten; so kann der Richter, wie oben angegeben wurde, eine Sequestration anordnen, oder aber nach ganz summarischer Prüfung dem Einen den Besitz vorläufig bis zur Entscheidung der Sache zusprechen. Dieses Verfahren heißt possessorium summarium, oder, da auch das possessorium ordinarium ein summarisches ist, poss. summarissimum, und, als vorübergehend entscheidend, poss. momentaneum[34]).

2. Im kanonischen Rechte sind speziell bezeichnete Gegenstände des summarischen Verfahrens folgende vier: die wirkliche und die geist=

---

[28]) C. Ex transmissa. 8. C. Litteras. 13. X. de rest. spol. (2. 13.). Aehnliches galt von Kindern, die vom Vater zurückverlangt wurden. Fr. Deinde. 3. §. 4—6. D. de lib. exhib. (43. 30.)

[29]) C. Cum locum. 14. X. de sponsal. (4. 1.). Gl. v. Nihil ea timere.

[30]) C. Causam. 14. X. de probat. (2. 19.)

[31]) C. Ex litteris. 2. X. de dol. et cont. (2. 14.) B. 2. Tit. 6. §. 2. Not. 6.

[32]) Fr. Imperatores. 7. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3.)

[33]) Fr. Si quis. 5. §§. 9. 18. D. de agnosc. et alend. lib. (25. 3.)

[34]) Engel. II. 12. n. 3. 4. Pirrh. II. 1. n. 101. Thib. Syst. des P. R. §. 318.

liche Ehe, oder Besetzung kirchlicher Aemter [1]), die Zehnten und der Wucher [2]).

Eigentliche Ehesachen gehören hierhin, in so fern es sich um die Gültigkeit einer abzuschließenden oder einer abgeschlossenen Eheverbindung handelt, nicht aber Eheverlöbnisse und Scheidungen von Tisch und Bett, weil von diesen nicht die nämliche Dringlichkeit, wie von jenen, angenommen werden kann [3]).

Was die Aemterbesetzung angeht, so kommt hier zunächst die Wahl, electio, so wie die Postulation und jede andere Besetzungsweise, provisio, in Betracht, und ferner, wo es sich bei Streitigkeiten wegen kirchlicher Aemter, seien sie Officien oder Beneficien, und zwar Würden, dignitates, oder Personate mit äußerm Vorrang ohne Jurisdiktion, oder ohne solchen Vorrang, Canonikate und Präbenden, um das Recht auf sie, titulus, und nicht um andere, oder davon abhängige Rechte handelt, da diese nicht eigentliche Beneficialfragen sind [4]).

Bei Zehntstreitigkeiten werden die Fragen nach der gemeinen Zehntverpflichtung, die auf dem gemeinen Rechte, und nicht auf besondere Vertragsbestimmungen beruht, wie auch die nach der zwischen zwei Kirchen streitigen Zehntberechtigung summarisch verhandelt [5]).

---

[1]) C. Quoniam. 5. §. 1. X. ut lit. non cont. (2. 6.)

[2]) B. 2. Tit. 2. §. 12. Clem. Dispendiosam. 2. de jud. (2. 1.)

[3]) Clem. cit.: ». . . statuimus, ut in causis . . . super matrimoniis . . . procedi valeat de cetero simpliciter et de plano.« Gl. v. matrimoniis: »Si quaeratur de foedere, non est dubium, sive agatur ad impediendum, sive ad dirimendum, sive ad declarandum, ut, quia vindicatur conjux negans contractum Quid, si agatur de crimine adulterii ad separationem thori? Videtur, quod . . . constitutio locum non habeat . . . . Quid, si agatur de sponsalibus? Certum est, quod ista sunt diversa.« Pirrh. II. 1. n. 104. Notandum tertio.

[4]) Gl. ibid. v. beneficiis: ». . . per litteram istam »beneficiis« dico, quod, si de ecclesia agatur, ut de proprietate, non est locus constitutioni, cum ista quaestio beneficialis non est, nec hic dicatur »de causis ecclesiarum.« Similis differentia quo ad missionem . . . et quo ad permutationem . . . . et quo ad praescriptionem . . . et quo ad transactionem . . . Si vero agatur ad remotionem beneficii et negatur foedus conjugii spiritualis vel titulus, puto decretum locum habere: secus, si non negatur titulus, sed propter crimen petitur removeri.«

[5]) Gl. ibid. v. decimis: »intelligo communibus, et quae jure divino debentur . . . Ergo si debeatur ex pacto, pollicitatione, vel voto, non erit locus constitutioni . . . Sed quid, si non est quaestio cum debitore, sed inter duas ecclesias super jure percipiendi? Tunc puto, locum esse constitutioni per hanc litteram.«

Wegen Wuchers gehört hierhin die Ersatzforderung gegen den Wucherer selbst oder dessen Erben, nicht aber die Einrede des Wuchers gegen eine Schuldforderung [6]).

Durch Analogie werden die Streitigkeiten der Spitäler, Xenodochien und der Ordensleute, wegen der Aehnlichkeit dieser Verhältnisse mit den kirchlichen Officien, ebenfalls hierzu gerechnet [7]).

Diese Fälle haben noch das Eigene, daß dabei das summarische Verfahren befolgt werden kann, procedi valeat, doch nicht befolgt werden muß, daher nach dem Ermessen des Richters auch das ordentliche Verfahren eintreten kann [8]).

3. Das erwähnte ordentliche Besitzverfahren ist ebenfalls ein summarisches. Es hängt mit den Interdikten zusammen und wird auch Interdiktverfahren genannt. Daher muß hier über die Interdikte so viel aufgenommen werden, als zum Verständniß der Sache und der Ausdrücke in den Quellen nothwendig ist.

Dritter Titel.

Interdikte. Interdiktverfahren*).

1. Interdikte sind zunächst allgemeine prätorische Erlasse, wie die Edikte, und Theile des prätorischen Ediktes, als des Ganzen der dauernd geltend gebliebenen prätorischen Erlasse, auf deren Grund, wie von den Edikten bekannt ist, Klagen erhoben werden konnten, und Prozesse geführt wurden. Daher sind von den Interdikten nicht bloß die nämlichen prozessualischen Ausdrücke, wie bei den Edikten gangbar [1]), sondern sie wer-

[6]) Gl. ibid. v. usuris: »Cum repetuntur vel petitur, ut illas compenset usurarius vel ipsius haeres . . . Non sic forte, si creditor petit debitum et debitor excipit, illud usurarium; nam hic principalis causa non est super usura.«

[7]) Gl. ibid. v. beneficiis.

[8]) Gl. ibid. v. contradicentibus.

*) X. de caussa possessionis et proprietatis. (2. 12.); — de restitutione spoliatorum. in 6. (2. 13.). Clem. un. de caussa possessionis et proprietatis. (2. 3.). — J. de interdictis. (4. 15.). — D. de interdictis. (43. 1.). — C. de interdictis. (8. 1.)

[1]) So heißt es in fr. Praetor ait. 1. §. 3. u. fr. Quod est. 3. §. 16. D. de vi et de vi arm. (43. 16.): »interdicto locus est« und: »interdictum locum ha-

den auch Edikte genannt[2]). In ihrer Fassung lauteten sie in überwiegender Mehrzahl verbietend, was zur Benennung dieser Art Erlasse mag Anlaß gegeben haben[3]); allein durchgreifend und entscheidend ist dieses Merkmal nicht. Auch Edikte sind verbietend abgefaßt[4]), einige Interdikte hingegen nicht[5]). Charakteristisch an ihnen ist, daß sie ein unmittelbares Einschreiten des Magistrates vor Bestellung des Juder ankündigen, oder doch begründen[6]), da die Edikte immer nur auf Gewährung einer Klage lauten, judicium dabo.

2. Die den Besitz betreffenden Interdikte bezwecken entweder den Schutz des gestörten, interd. retinendae possessionis, wozu für unbewegliche Sachen das Interdikt »uti possidetis«[1]), und für bewegliche Sachen das Interdikt »utrubi«[2]), bestimmt ist, oder sie bezwecken die Wiedererlangung des verlorenen Besitzes, interd. recuperandae possessionis, wozu bei Gewaltgebrauch das Interdikt »unde vi«[3]), und bei precarium das Interdikt »de precario«[4]) dient, oder die Erlangung

---

bet,« wie in fr. Isti quidem. 8. §. 2. D. quod met. c. (4. 2.) vom Edikte: »hoc edictum locum habet;« in fr. Praetor ait. 1. §. 45. fr. Quod est. 3. §. 15. D. de vi et de vi arm.: »interdictum competit,« wie fr. Praetor ait. 1. § 6. D. eod: »actio competit;« fr. Merito. 19 D. eod: »interdicto de vi restituere,« wie fr. Metum. 9. §. 7. D. quod met. caus.: »ex hoc edicto restitutio facienda.« Fr. Antiqui. 5. §. 11. D. quod vi aut clam. (43. 24.): »agendum erit hoc interdicto.« Fr. Illud verum. 10. §. 1. D. quod met. caus.: »ex hoc edicto agitur.«

[2]) Gaj. IV. §. 141. Fr. Praetor ait. 1. §. 2. 8. D. ne vis fiat. (43. 4.): »Est autem generale hoc edictum . . . . evitare interdictum.«

[3]) §. Summa 1. J. de interd. (4. 15.)

[4]) Fr. Quicunque. 4. §. 1. D. de in jus voc. (2. 4.): »Praetor ait: parentem . . . in jus sine permissu meo ne quis vocet.« Gaj. IV. §. 46: »Recuperatores sunto. Si paret, illum patronum ab illo liberto contra edictum illius Praetoris in jus vocatum esse.« Fr. Quamvis. 11. Fr. Libertus. 15. D. eod. Fr. Item. 15. §. 25. D. de injur (47. 10.)

[5]) Fr. Ait Praetor. 1. pr. §. 1. D. quor. bonor. (43. 2.). Fr. Praetor ait. 1. pr. §. 1. D. de vi et de vi arm. (43. 16.). Fr. Ait Praetor. 2. pr. §. 1. D. de precar. (43. 26.)

[6]) Fr. Praetor ait. 1. pr. D. uti possidetis. (43 17.): ». . . hoc interdictum non dabo.« Fr. Praetor ait. 1. §§. 41. 42. D. de vi et de vi arm. (43 16.)

[1]) Fr. Ait Praetor. 1. pr. D. uti possid. (43. 17.). C. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.)

[2]) Fr. Praetor ait. 1. pr. D. utrubi. (43. 31.). Gl. zu c. Licet. 9. X. de probat.

[3]) Fr. Praetor ait. 1. pr. D. de vi. (43. 16.). C. Pastoralis. 5. X. de caus. poss. (2. 12.)

[4]) Fr. Ait Praetor. 2. pr. D. de precario. (43. 26.)

eines noch nicht gehabten Besitzes, interd. adipiscendae possessionis, das Interdikt »quorum bonorum«[5]), welches sich auf die prätorische Einweisung in den Besitz einer Erbschaft bezieht und nicht in den Besitzprozeß gehört.

3. Die jedesmaligen speziellen Erlasse des Magistrates nach dem Inhalte jener Interdikte, wie sie auf die gegebenen Fälle paßten, hießen ebenfalls Interdikte, auch Dekrete, wenn sie befehlend lauteten[1]). Diese speziellen Erlasse bildeten die Grundlage des Verfahrens, wie die ertheilte Klage nach einem Edikte. Beide hatten das mit einander gemein, daß sie das Ergebniß einer gerichtlichen Verhandlung der Parteien vor dem Magistrate, im Jus, also auch nach vorgängiger Ladung, waren; sie unterschieden sich aber nicht bloß durch die äußere Fassung, sondern vorzüglich dadurch, daß der Magistrat bei jenen vorweg etwas amtlich befahl oder verbot, bevor er einen Judex bestellte[2]), den er bei diesen sofort ernannte und ihm seine Instruktion gab, und daß, weil dieser Erlaß die Grundlage für die etwa ferneren Verhandlungen vor dem Judex war, eine Litiscontestation nicht statt haben konnte[3]). Die Folge davon war, daß, wie bei andern Klagen die Entschädigungen von der Litiscontestation an, so hier von der Ertheilung des Interdiktes ab berechnet wurden[4]).

4. Verhandlungen vor dem Judex konnten nothwendig werden, wenn der zuerkannte Besitz als rechtmäßig bestritten, auch, wenn er zwar eingeräumt, doch nicht alles Uebrige, worauf der Implorant nach dem Inhalte des Interdiktes Anspruch machen konnte[1]), geleistet worden war.

---

[5]) Fr. Ait Praetor. 1. pr. D. quor. bon. (43. 2.)

[1]) Gaj. IV. §. 139: ». . . formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur (Praetor), interdicta decretave vocantur.« pr. J. de interd. (4. 15.): ». . . Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus Praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat.«

[2]) Gaj. IV. §. 139: »Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis praeponit.«

[3]) Gaj. IV. §. 141: »Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit.«

[4]) Fr. In interdictis. 3. D. h. t. (43. 1.). Fr. Quaesitum est. 8. §§. 4. 6. D. de precar. (43. 26.). Das Interdikt unde vi macht eine Ausnahme, indem die Entschädigung von der Zeit der Gewalt berechnet wird. Fr. Praetor ait. 1. §. 40. D. de vi. (43. 16.)

[1]) Fr. Permisceri. 52. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.): »Spe-

Das machte Seitens des Verklagten die Bitte um Bestellung eines Richters sofort nothwendig [2]), wenn er sich nicht der Leistung nach der Forderung des Klägers aussetzen wollte [3]). So gewährte denn das Interdiktsverfahren außer dem vorläufigen Besitze keine Vortheile und keine Abkürzung. Das führte von selbst dahin, mit Umgehung der Interdiktsförmlichkeiten sofort Klagen im Geiste und nach Analogie der Interdikte zu bewilligen [4]). Da nun vom Ende des dritten Jahrhunderts an die Bestellung der Richter aufhörte, so wurden auch die Besitzklagen vor der mit Jurisdiktion ausgerüsteten Behörde zwar, wie alle Klagen, doch nach den Grundsätzen der Interdikte, also, wo es nöthig war, auch mit der vorläufigen Entscheidung über Besitz, verhandelt.

5. Die beiden Interdikte retinendae possessionis, uti possidetis und utrubi, stehen Jedem, der eine Sache dem Andern gegenüber von diesem selbst nicht vermöge Gewalt, heimlich, oder prekarisch besitzt [1]), nicht allein nämlich dem Besitzer, dem Eigenthümer [2]) und demjenigen, der seinen Besitz, wie der Emphyteuta, der Faustpfandgläubiger, der Sequester, von einem Andern ableitet, zu, sondern jedem Besitzer, sei nun sein Besitz an

---

cies inducendi in possessionem alicujus rei est, prohiberi ingredienti vim fieri; statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem jubet, quod multo plus est, quam restituere.«

[2]) Gaj. IV. §. 163: »Nam si arbitrium postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria« §. 164: »... antequam ex jure exeat.«

[3]) Gaj. IV. §. 165.

[4]) C. Vi pulsos. 2. C. unde vi. (8. 4.): »Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo.« C. Si de possessione. 4. C. eod: »Si de possessione vi dejectus es ... ad instar interdicti unde vi convenire potes, quo reum causam omnem praestare oportet.« C. Si quis. 4. C. h. t.: »Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere ac suas allegationes jubetur proponere.« C. Incerti. C. eod. Cfr. C. Si ad instar. 3. C. de lib. exhib. (8. 8.). C. Expulsos. 17. C. de act. emt. et vend. (4. 49.). Pr. §. De ordine. J. h. t. (4. 15.) »... de interdictis, seu actionibus, quae pro his exercentur.« — »... hodie ... perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.« Gl. zu c. Pastoralis. 5. X. de caus. poss. (2. 12.) v interdictum.

[1]) Fr. Praetor ait. un. §. 1. D. utrubi. (43. 31.): »Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet, sed obtinuit, vim ejus aequatam fuisse uti possidetis interdicto, quod de rerum soli competit, ut is, et in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.«

[2]) Fr. Ait Praetor. 1. §. 2. D. uti possid. (43. 17.): »... fieri potest, ut et possessor idem, et dominus sit.«

sich und Andern gegenüber ein rechtmäßiger oder nicht[3]). Sie schützen auch wie körperliche Sachen, so den Quasibesitz anderer Rechte[4]). Der Schutz, den sie gewähren, besteht darin, daß sie den Besitz frei und offen geben und jedes Hinderniß des freien Fortbesitzes untersagen[5]), und in dem Ersatze des durch die Störung erlittenen Schadens[6]).

6. Beide Interdikte finden zunächst Anwendung, wenn der Eine in seinem Besitze durch den Andern gestört wird. Eine solche Störung tritt ein, wenn Handlungen, die in dem Besitze gegeben sind, verhindert werden. Wird der Besitzer eines Grundstückes verhindert, ein Gebäude darauf zu errichten; so schützt er seinen Besitz durch das Interdikt[1]). Und dieser Schutz wird ihm rasch zu Theil, da die Untersuchung nur die Thatsache seines Besitzes nachzuweisen hat. — Eine ganz andere Frage aber erhebt sich alsdann, wenn der Andere Handlungen in Beziehung auf das Grundstück vornimmt, die jenen ausschließlichen Besitz schmälern, also einen Mitbesitz des Andern voraussetzen, oder wenn ein Mitbesitz behauptet wird. Hier handelt es sich nicht um Störung des Besitzes, juris possessionis, sondern um Störung des alleinigen Besitzes, also um Schmälerung des ausschließlichen Rechtes auf den Besitz, juris possidendi. Gegen die vorgenommenen Handlungen und ihre Wiederholung könnte zwar Einspruch erhoben werden; allein nicht wegen gestörten Besitzes mit diesem Interdikte, sondern wegen der Rechtskränkung und des unbefugten Handelns mit dem Interdikte, unde vi, oder de clandestina possessione[2]), oder mit einer darnach gebildeten Klage. Würde ein Mitbesitz, oder vielmehr das Recht eines Mitbesitzes bloß behauptet, so hätte, wer den Anspruch erhöb, sein Recht nachzuweisen. Und dort, wie hier, wäre das beanspruchte Recht zu beweisen. Es würde sich dann zwar noch immer um Besitz handeln, und in so fern eine Besitzklage entstehen, und ein

---

[3]) Fr. Justa. 2. D. eod: »Justa enim, an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc edicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.« Fr. Ait Praetor. 1. §. 9. D. eod: ». . . si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere.«

[4]) Fr. In summa. 4. D. eod.

[5]) Fr. Permisceri. 52. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.) §. 4. Not. 1.

[6]) Fr. Si duo. 3. §. 11. D. uti possid. (43. 17.): ». . . quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere.«

[1]) Fr. Si duo. 3. §§. 2. 4. D. eod.

[2]) Fr. Communi. 2. §. 5. D. comm. divid. (10. 3.)

Besitzprozeß, possessorium; allein nicht um juristischen Besitz, aus welchem Interdikte entspringen, sondern um Besitz r e c h t, und der Besitzprozeß hätte mit dem hier in Rede stehenden nichts gemein; er wäre der ordentliche Prozeß um Besitzrecht [3]) mit Litiscontestation [4]), wobei nicht die Thatsache des Besitzes zur Zeit des anhängig gewordenen Streites, sondern das nachgewiesene Recht entscheiden würde, und das Interdikt unanwendbar wäre [5]).

7. Eine zweite Anwendung finden beide Interdikte bei der Vindikationsklage, petitorium, wenn ungewiß und streitig ist, wer Besitzer sei und die Vortheile des Besitzers und des Verklagten habe. Wer unbestritten Besitzer ist, kann dieser Vortheile nicht beraubt werden und er braucht, da ihn sein Besitz genügend schützt [1]), nicht als Kläger aufzutreten. Dieses Interesse macht es nothwendig, daß der Besitz, wenn er bestritten wird, zuvor ermittelt und festgesetzt werde, was durch das Interdiktsverfahren geschieht [2]). Diese Ermittelung ist also ein vorläufiges Verhandeln, das interlokutorisch erledigt wird, ehe zur Hauptverhandlung übergegangen werden kann, ist daher summarisch. Dabei kommt es denn bloß darauf an, ob der Besitz zur Zeit der Litiscontestation dem Kläger gegenüber nicht gewaltsam, heimlich oder prekarisch erworben worden sei, sein Erwerb mag Andern gegenüber gewesen sein, welcher er wolle [3]).

---

[3]) Diese Frage war der Gegenstand des Prozesses in c. Licet. 9. X. de probat. (2. 19.) und in c. Cum olim. 7. X. de caus. poss. (2. 12.)

[4]) C. Cum caussam. 6. X. de jur. calumn. (2. 7.), welches zu dem c. Licet. Not. 3. gehört.

[5]) C. Licet. 9. X. de probat.: »... nos cognoscentes, in hoc casu non sibi locum esse interdicto uti possidetis, ut dicere debeamus, uti possidetis, ita possideatis; cum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior, commune Faventiae sibi condemnamus, super jurisdictione ... quoad possessorium judicium, quo tantummodo actum est, perpetuum silentium imponentes.«

[1]) Fr. Ait Praetor. 1. §. 6. D. uti possid. (43. 17.): »Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est uti possidetis; actio enim nunquam ultro possessori datur; quippe sufficit ei, quod possideat.«

[2]) Fr. Ait Praetor. 1. §. 3. D. eod: »... Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.« Fr. Exitus. 35. D. de acqu. vel amitt. poss. (41. 2.)

[3]) §. Retinendae. 4. J. h. t.: »... utriusque interdicti potestas ... exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet.« C. un. C. uti possid. (8. 6.). C. Incerti. 3. C. de interd. (8. 1.)

Unter Umständen kann es vortheilhaft sein, die Besitzklage [4]), statt der Eigenthumsklage, anzustellen. Und dann kann auch wieder auf diese übergegangen werden [5]), wie umgekehrt von dieser auf jene [6]).

8. Von den Interdikten recuperandae possessionis bezieht sich das eine de precario bloß auf prekarisch von einem Andern besessene und zwar auf bewegliche sowohl, als auf unbewegliche Sachen [1]). Der rasche Wiedererwerb des prekarisch überlassenen Besitzes durch das Interdikt lag in der Eigenheit des Prekariums selbst [2]). Für den Wiedererwerb des verlorenen Besitzes anderer beweglicher Sachen bestand kein besonderes Interdikt. Er konnte nur durch die Klage wegen Diebstahls, oder wegen Raubes, vi bonorum raptorum, oder durch die Exhibitionsklage wieder erworben werden. Unter den Kaisern wurde dafür das momentariae possessionis interdictum üblich [3]). Von dieser Benennung sagt der heil. Isidor [4]): »Momentum dictum a temporis brevitate, ut tam cito quam statim, salvo negotio reformetur, nec in ullam moram produci debeat, quod repetitur.« Die Bezeichnung »momentanea possessio« [5]) ist nur eine andere grammatische Form. Der gesetzlich ausgesprochene Zweck des Interdiktes ist die möglichst schleunige Wiederherstellung des entzogenen Besitzes, ohne andere damit in Verbindung stehende Fragen nach dem Eigenthum und andern Rechten zu berühren.

Das Interdikt »unde vi« bezog sich bloß auf den durch Gewalt

---

[4]) Fr. Is, qui. 24. D. de rei vind. (6. 1.)

[5]) Fr. Naturaliter. 12. §. 1. D. de acq. et am. poss. (41. 2.)

[6]) Fr. Et an eadem. 14. §. 2. D. de exc. rei jud. (44. 2.)

[1]) Fr. In rebus. 4. pr. D. de precario. (43. 26.): »In rebus etiam mobilibus precario rogatio constitit.«

[2]) Fr. Ait Praetor. 2. §. 2. D. eod: »Et naturalem habet in se aequitatem: namque precarium revocare volenti competit.«

[3]) C. Causas plurimi. 8. C. Th. de jurisdict. (2. 1.): »Causas plurimi de fugaci servo, aut manifesto furto, aut non manifesto, direpti etiam animalis, servi, vel rei mobilis instituentes, vel vi bonorum raptorum, parvulae etiam terrae fimi, ut et parvulae casae, sub specie criminis tuum pulsant judicium, momentariae etiam possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, ut mox audiri, interdum etiam sine inscriptione mereatur.« C. Momentariae. 8. C. unde vi. (8. 4.)

[4]) Isid. Hisp. Orig. V. c. 25.

[5]) C. Momentaneae. 3. C. qui legit. person. (3. 6.): »Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam.«

verlorenen Besitz unbeweglicher Güter[6]). Es bezweckte nicht lediglich die Wiederherstellung des Besitzes, sondern zugleich auch Ersatz des ganzen Schadens[7]), von dem Zeitpunkte des Verlustes ab berechnet, beschränkte sich also nicht bloß und ausschließlich auf Wiedererwerb des Besitzes und konnte mithin ein weitläufiges Verfahren veranlassen. Um den Besitzerwerb nicht von diesem Verfahren abhängig zu machen, wurde auch für unbewegliche Sachen das interdictum, oder die actio momentariae possessionis üblich[8]), ohne sich auf andere Rechtsfragen des Streites auszudehnen.

Dieses momentarische Besitzverfahren wegen beweglicher Sachen sowohl, als wegen unbeweglicher ist das oben[9]) erwähnte possessorium summarissimum, im Gegensatze zu dem Interdiktverfahren, wodurch die ganze Besitzfrage mit Einschluß der Entschädigung erledigt wird, und das possessorium ordinarium genannt wird. Dasselbe ist nur ein vorläufiges und interlokutorisches, wenn außer dem Besitze auch noch andere Fragen mit in Verbindung gesetzt sind. Es kann nämlich auch selbstständig und ohne eine solche Verbindung, doch immer nur als ein vorläufiges und ohne Präjudiz für andere Rechte statt finden. Es setzt ferner nicht, wie das Interdikt unde vi, Gewaltgebrauch voraus, sondern ist in allen Fällen des Besitzverlustes, sei er durch Benutzung der Abwesenheit des Besitzers, oder sonst durch List oder auf heimliche Weise herbeigeführt worden[10]),

---

6) Fr. Praetor ait. 1. §. 6. D. de vi. (43. 16.): »Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere.«

7) Fr. Id. §. 31. D. eod: »Qui vi dejectus est, quidquid damni senserit ob hoc, quod dejectus est, recuperare debet: pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset dejectus.«

8) C. un. C. si de momentan. poss. (7. 69.) »Cum de possessione et ejus momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortitur effectum . . . Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.« Grat. pr. 8, §. 18. C. Ei, qui 41. C. 2. Q. 6. Gl. ibid. v. momento.

9) Tit. 2. §§. 1. 2.

10) C. Cum quaerebatur. 11. C. unde vi. (8. 4.): » . . . qui vacuam possessionem absentium sine judicis sententia detinuerunt, quia veteres leges nec unde vi interdictum, nec quod vi aut clam, vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes; nos, non concedentes, aliquem alienas res, vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem ut praedonem intelligi, et generali jurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.«

zulässig. Und dann kann es auch von Jedem, sei er dabei mitbetheiligt oder dazu beauftragt, oder nicht, durchgeführt werden [11]).

Wäre, statt auf Besitz, auf Eigenthum geklagt worden, so könnte doch auch hier noch auf die Besitzklage zurückgegangen werden [12]), und wer wegen des Besitzes unterlegen, könnte noch Eigenthum geltend machen [13]). — Uebrigens kann die Frage nach dem Besitze sowohl, als nach dem Rechte des Besitzes mit der Eigenthumsfrage zugleich verhandelt werden kann [14]).

9. Die Besitzentziehung heißt im kanonischen Rechte spolium, spoliatio, Raub, Beraubung, und die momentarische Besitzklage: actio spolii [1]). Spolium ist zunächst die Körperbedeckung [2]), durch Uebertragung die gegen den Feind gemachte Beute [3]) und jedes Andere ungerechter Weise entzogene Gut [4]). Der Gewaltgebrauch gehört nicht wesentlich zu dem Be-

---

[11]) C. Judices. 1. C. si per vim. (8. 5.): »Judices absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personas . . . atque ita tueantur absentes, ut id solum diligenter inquirant, an ejus, qui quolibet modo peregrinatur, possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus, seu servus quolibet titulo detinebat . . . Sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta, litigium eis inferentibus largiri convenit, ut eos momentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione restituantur, ac si reversus dominus litigasset.« C. Momentaneae. 3. C. qui leg. pers. Not. 5. C. Cum quaerebatur. 11. C. unde vi. Not. 10.

[12]) Fr. Cum fundum. 18. §. 1. D. de vi. (43. 16.). C. Pastoralis. 5. X. de caussa poss. (2. 12.). Clem. un. eod. (2. 3.)

[13]) Fr. Exitus. 35. D. de acqu. vel amitt. poss. (41. 2.)

[14]) C. Ad ultimum. 2. C. Cum ecclesia. 3. C. Cum dilectus. 6. X. de caussa poss. (2. 12.). — Nach röm. Rechte jedoch nur vor dem nämlichen Richter. C. Ordinarii. 13. C. de rei vind. (3. 32.)

[1]) Gl. zu Grat. par. 2. §. 1. C. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. v. momento: »id est, de momentanea possessione; momentaneam possessionem vocat illam, quae restituitur ei, qui spoliatus est, et vocatur momentanea, quia apta est per momentum durare, si adversarius in momento probet de proprietate.«

[2]) Von spolium, abgezogenes Fell, Haut. Fr. Divus Hadrianus. 6. D. de bon. damn. (48. 20.): ». . . Pannicularia sunt ea, quae in custodiam receptus secum attulit, spolia, quibus indutus est, cum quis ad supplicium ducitur.« Daher fr. Qui servandarum. 14. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.): »Sed et si servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mortuus sit, de vestimentis quidem furti agere poterit.«

[3]) Justin. XIX. 3: ». . . Praedam . . . quam velut spolium victi hostis ostentent.«

[4]) Fr. Bona fides. 31. §. 1. D. deposit. (16. 3.): ». . . latro spolia,

griffe. Spolium ist auch das durch List, ohne gerechten Grund, oder nur eigenwillig entzogene Gut oder Recht[5]). Im kanonischen Prozesse insbesondere aber wird Spolium durch jede rechtswidrige oder eigenwillige Entziehung eines Besitzes oder Quasibesitzes einer beweglichen oder unbeweglichen Sache begangen. Daher entspricht die Spolienklage der momentarischen Besitzklage[6]), und daher folgt in den Dekretalen auf die Lehre über den Besitz die über die Spolienklage[7]). Wer ferner ein Haus ohne Wissen und Einwilligung des rechtmäßigen Besitzers in Besitz nimmt, macht sich eines Spoliums schuldig[8]), und eben so der Mann, der sein Weib eigenmächtig verstößt[9]), wie das Weib, das seinen Mann so verläßt[10]).

10. Die Spolienklage hat vor der moratorischen Besitzklage das Eigene, daß sich der Spoliat dem Spolianten gegenüber vor völliger Wiederherstellung des Besitzes nicht braucht in der Sache einzulassen, als in so fern es sich um den wirklichen Besitz und um dessen Entziehung handelt. Daher wird auf keinerlei Einrede geachtet[2]). Nur die Spolieneinrede

---

quae mihi abstulit.« Cic. in Verr act. II. lib. 4. C. 17. §. 37: »... argento ... spoliasti et depeculatus es.«

[5]) C. Redintegranda. 3. C. 3. Q. 1: »Redintegranda omnia ex spoliatis, vel ejectis ... in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia majorum, aut per quascunque causas res ecclesiae vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur.«

[6]) Not. 1.

[7]) Gl. in der Ueberschrift zum Titel: »de restitutione spoliatorum: »Visum est supra de caussa possessionis; sed quia causa restitutionis possessoria est, ideo de illa submittit.«

[8]) C. Olim. 12. X. de rest. spol. (2. 13.): »... quod idem sua temeritate possessionem praeter conscientiam vestram, ad quos ipsam possessionem noverat pertinere ... est ingressus.«

[9]) C. Ex conquestione. 10. X. eod: »... sine judicio ecclesiae a se removit eandem.«

[10]) C. Litteras. 13. X. eod: »... Vir autem sibi uxorem postulabat restitui, quae ab eo sua temeritate divertit.«

[1]) C. In scripturis. 4. C. 2. Q. 2: »... Quos sciatis, nec ad synodum ... posse vocari, nec in aliquo judicari, antequam cuncta, quae eis sublata sunt, legibus potestati eorum redintegrentur.« C. Licet 1. X. de rest. spol.: »... ante omnem contentionem possessio ei debuerat violenter ablata restitui.« C. Solicite 2. X. eod: »... contra eum testes alterius partis ... antequam restitutus fuerit, non admittas.« C. Cum dilectus. 2. pr. C. Super. 4. X. de ord. cogn. (2. 10.)

[2]) C. In litteris. 5. X. de rest. spol.: »... cum ... adversarius dicit,

ist dagegen wirksam, wenn sie in fünfzehn Tagen nachgewiesen werden kann [3]) und sie sich auf den Besitz gleichartiger, zugleich geistlicher oder zugleich weltlicher Sachen bezieht [4]). Ließe sich der Spoliat selbst auf die Einrede des Eigenthums und damit auf das Petitorium ein, so würde er freilich nach dem Beweise des Eigenthums von seiner Klage abstehen müssen [5]).

Wäre die Fortsetzung des Besitzes an sich unsittlich oder mit unersetzlichem Schaden verbunden; so dürfte sie nicht verfügt werden, so weit wenigstens die Wiederherstellung des Besitzes zu der Unsittlichkeit oder dem Schaden Veranlassung sein würde. Das würde aber bei ehelichen Trennungen der Fall sein, wenn deren Aufhebung indispensabele Ehehindernisse entgegen stünden, oder gefährliche Mißhandlungen befürchten ließe. Die Wiederherstellung müßte sich daher zur Vermeidung der Sünde auf die übrigen Lebensverhältnisse beschränken, doch dabei zugleich auch die mögliche Vorsicht gebraucht werden, daß dem klagenden Theile kein Unrecht geschähe. Daher muß der Beweis des Gegengrundes auf der Stelle angeboten und bereit gehalten und dem Spolianten das juramentum malitiae [6]) auferlegt werden [7]). Eben so dürfte die Rückkehr des Weibes ohne hinreichende Sicherheit gegen die gefürchtete Mißhandlung nicht verordnet, es müßte vielmehr ein Gewahrsam dafür angeordnet werden [8]).

Eine fernere Eigenheit dieser Klage besteht darin, daß sie auch gegen jeden dritten Besitzer, der von dem Spolium Kenntniß hat, geltend gemacht werden kann [9]).

---

eum non fuisse canonice institutum: respondemus, prius de violenta ejectione, quam de canonica institutione agi debere; quia praedo etiam est secundum rigorem juris restituendus.« C. Item. 5. X. eod: »Item cum .... adversarius crimen objicit, ut eum a sua intentione repellat, non occurit nobis, quod illius objectio admitti debeat.«

[3]) B. 1. T. 6. §. 10. C. Frequens. 1. pr. eod. in 6. (2. 5.): »... Sed si in civilibus ab actore, in criminalibus autem se spoliatum adserat a quocunque.« C. Super. 4. X. de ord. cogn. (2. 10)

[4]) C. Frequens. 1. §. 2. de rest. spol. in 6: »Ad hoc sancimus, ut rerum privatarum spoliatio agenti super ecclesiasticis, vel e contrario nullatenus opponatur.« C. Cum dilectus. 2. X. de ord. cogn.

[5]) C. Licet. 1. X. de rest. spol.

[6]) B. 1. Tit. 19. §. 6.

[7]) C. Litteras. 13. X. de rest. spol.

[8]) C. Ex transmissa. 8. C. Litteras. 13. X. eod.

[9]) C. Saepe. 18. X. h. t.: »... Unde non obstante juris civilis rigore sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori

Die Spolienklage setzt, wie die Interdiktsklage, juristischen Besitz oder Quasibesitz, und damit denn eine dieses Besitzes fähige Sache [10] und Person [11] voraus. Da nun Laien kirchliche Beneficien und andere kirchliche Gerechtsame nicht besitzen können [12], so können sie auch nicht gegen deren Spoliation klagbar werden [13].

In Beziehung auf diese Klage ist auch, wie bei den Interdikten, der Besitz und das Recht auf den Besitz wohl zu unterscheiden [14].

Der Ersatz endlich muß, wie bei den Interdikten, vollständig sein und sich auch auf die Früchte erstrecken, die der Besitzer hätte beziehen können [15].

Vierter Titel.

Das Provokations-Verfahren.

1. Das eigenthümliche Verfahren, das man das Provokations-Verfahren nennt, hat seine Veranlassung in einer Constitution von Diocletian und Maximinian, die mit dem Worte »Diffamari« anfängt [1]). Sie gestattet demjenigen, dessen Ingenuität von einem Andern

quasi succedat in vitium, . . . contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.« Die hier gemeinte Stelle ist fr. Cum a te. 7. D de vi. (43. 16.): »Cum a te vi dejectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio, quam tecum interdicto experiri.«

[10]) Fr. Qui universas. 30. §. 1. D. de acqu. et amitt. poss. (41. 2.) ». . . locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, . . . sicut hominem liberum.«

[11]) Fr. Id. §. 3. Fr. Possessio. 49. §. 1. D. eod.

[12]) C. Caussam. 7. X. de praescr. (2. 26.)

[13]) Gl. c. Ad decimas. 2. de rest. spol. in 6. (2. 5.) v. praesumuntur.

[14]) So lautet die Entscheidung in c. Ad decimas. 2. de rest. spol. in 6. nicht auf Zuständigkeit des juristischen Besitzes, sondern auf das Besitzrecht, wie die Klage lautete, daß die Zehnten und deren Besitz den Klägern gebührte. — Die Verwechselung von Besitz und Besitzrecht erschwerte die Erklärung auch noch anderer Stellen. — Es lag auch in c. Cum ecclesia. 3. X. de caus. poss. (2. 12.) die Frage nach Besitzrecht vor.

[15]) C. Gravis. 11. X. de rest. spol.

[1]) C. Diffamari. 5. C. de ingen. manum. (7. 14.): »Diffamari statum ingenuorum seu errore, seu malignitate quorundam, periniquum est, praesertim cum ...es, diu Praesidem unum atque alterum interpellatum a te, vocitasse diversam

irrthümlicher oder böslicher Weise ehrenrührig angefochten worden ist, die Anrufung des Gerichtes, daß der Diffamant zum gerichtlichen Einspruche aufgefordert und ihm widrigen Falles Schweigen geboten würde, er aber, wenn er dennoch bei der Anfechtung beharre, als Injuriant bestraft werden sollte. Der Erlaß steht in ganz spezieller Beziehung zu den Freilassungen der Sklaven. Die Sklaven konnten nämlich nicht allein aus Nachsicht der Herren, sondern auch zum Nachtheile für Andere und in geheimem Einverständnisse in Freiheit gesetzt und gerichtlich als Ingenui erklärt werden. Um diesen Collusionen entgegen zu wirken, bestimmte unter Domitian ein Senatusconsult, daß, wer eine solche nachwiese, Herr des Sklaven werden solle [2]). Und das konnte noch im Verlaufe von fünf Jahren geschehen [3]). Da vor Ablauf dieser Zeit jeder Freie das gesetzliche Recht hatte, die Ingenuität gerichtlich anzugreifen und Vortheil daraus zu ziehen, so konnte die Aeußerung, als wäre sie unredlich ertheilt und angreifbar, nicht als Injurie verfolgt werden. Gegen solche Anfechtungen gewährte jene Constitution während der fünfjährigen Frist ein gerichtliches Mittel.

2. Dieses Mittel bestand darin, daß auf den Antrag des diffamirten Freigelassenen der Diffamant gerichtlich genöthigt wurde, seinen Angriff auf die Ingenuität gerichtlich zur Geltung zu bringen; es führte also zu einer Nöthigung, eine Klage geltend zu machen, gegen die Rechtsregel, daß Niemand zu Klagen oder zu Anklagen zu zwingen sei [1]). Und daraus hat die Interpretation die gerichtliche Provokation für alle ähnliche Fälle gebildet, die nach der oben besprochenen Constitution »provocatio ex lege Diffamari« genannt zu werden pflegt. In diesem Sinne machte Accursius, † 1260, zu der eben angeführten Stelle [2]) über

---

partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret; unde constat, merito Rectorem provinciae commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus Praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet.«

[2]) Fr. Ne quorundam. 1. D. de collus. deteg. (40. 16.). C. Libertinae. 2. C. eod. (7. 20.)

[3]) Fr. Collusionem. 2. pr. D. eod.

[1]) C. un. C. ut nemo inv. ag. cog. (3. 7.). B. 1. T. 5. §. 1. Not. 2.

[2]) Not. 1. Accursius bemerkt dazu: »Sed solet quaeri, an Bononiensis possit cogi a scholari, ut agat contra scholarem, qui in brevi est recessurus, cum forte Bononiensis sperat eum convenire, cum habet pedem in stripedio, et est arg. l. ista, quod non possit;« seine Meinung ist: »magis tamen puto, judicem debere ei statuere tempus, intra quod agat, et postea eum audiri,« und zum Beweise beruft er sich auf mehre Stellen und unter diesen auch auf unsere Constitution.

die erwähnte Rechtsregel von dieser Constitution Gebrauch zum Beweise für seine Ansicht, daß der Richter dem Gläubiger eine Zeit zur Nachweise seiner Forderung unter Umständen bestimmen könne. Dasselbe thut im kanonischen Rechte der Glossator Johannes Andreä, † 1348 [3]), mit der Glosse zu den Dekretalen [4]). So ging unsere Provokation in das kanonische Recht über [5]), jedoch mit der Beschränkung auf den Fall einer voraufgegangenen Diffamation.

3. Der Zweck dieses Verfahrens ist, daß derjenige, welcher, sei es wegen eines Deliktes, oder wegen eines Rechtsverhältnisses, Ansprüche gegen einen Andern erheben zu können, ausgesagt hat, gerichtlich angehalten werde, seine Klage binnen einer bestimmten Frist anzustellen, mit der gleichzeitigen Drohung, derselben sonst verlustig erklärt zu werden. Die Anrufung des Richters und das darauf erfolgende Verfahren ist also keine Klage, sondern nur ein vorläufiges gerichtliches Handeln auf die eingebrachte Imploration.

Die Grundlage des dabei erwarteten Spruches ist die Diffamation, die daher zu erweisen ist. Mit dem Antrage sind demnach die Beweise für dieselbe vorzulegen und dem Diffamanten gerichtlich zur Erklärung mitzutheilen. Wird sie nicht erwiesen, so kann auch kein Spruch ergehen; steht sie dagegen als erwiesen fest, so wird dem Diffamanten die Nachweise seiner Ansprüche binnen einer bestimmten Frist unter Androhung

---

[3]) Gl. zu c. Frequens. 1. §. 1. de dol. et cont. in 6. (2. 5.) v. Aestimamus: »... Et sic compellitur aliquis agere. Ad idem C. de ingen. ma. l. diffamari.« In der additio fügt er gegen Ende bei: »... Ad instantiam ergo scholaris bonus judex assignabit terminum civi, infra quem agat, et post quem civem illum non audiet arg. hic et l. diffamari, quam allegat glossa supra de prob. licet, infra de ap. legitima.« Die hier erwähnte Glosse ist die zu c. Licet 9. X. de prob. (2. 19.) v. Trium mensium: »Nota quod judex ex officio suo potest praefigere terminum productioni testium .... Item ubi impeditur status alicujus. C. de ingen. diffamari.«

[4]) Not. 3. z. E.

[5]) Durand. lib. 1. part. 2. de actore n. 84. bespricht das Beispiel des Accursius, wie Joh. Andreä. Engel. lib. 2. tit. 2. n. 56: »Tum ex verbis, tum ex mente hujus legis (diffamari) per consuetudinem et stylum judiciorum ac unanimem consensum DD. interpretatae, receptum est, ut, si quis alterum in quacunque causa, (quae tamen sit majoris momenti, et non de levioribus), sive in petitorio sive possessorio apud alios diffamarit, tanquam sibi obligatum et debitorem, vel iniquum rei suae possessorem traduxerit, talis diffamatus auctoritate l. diffamari, possit implorare officium judicis, ut diffamanti certum terminum praefigat, intra quem contra diffamatum agere et causam suam deducere debeat, alioquin, si non sufficienter deduxerit, aut peremptorie citatus non comparuerit, perpetuum ei silentium imponat.«

ihres Verlustes auferlegt, und, wenn er nicht Folge leistet, ihrer als verlustig erklärt.

Da die Verhandlung nur eine Vorbereitung zu einem Klageverfahren gegen den diffamirten Provokanten ist, so ist natürlich dessen Richter, und nicht jener des Provokaten, der competente [1]). Als bloß vorbereitend ist auch das ganze Verfahren nur ein summarisches.

Schlußbemerkung.

1. Außer den besprochenen summarischen Verfahren sind im deutschen Prozesse deren noch vier üblich, die der kanonische Prozeß nicht kennt, von denen daher hier nur kurze Erwähnung geschehen kann.

Das erste davon ist ebenfalls ein Provokations-Verfahren, nach der Pandektenstelle, aus welcher es abgeleitet ist, »provocatio ex lege si contendat« genannt. Die Stelle bezieht sich auf Bürgschaften. Von mehren Mitbürgen haftet nämlich jeder für die ganze Forderung, in solidum; doch haben sie die Wohlthat der Theilung, beneficium divisionis [1]), so, daß jeder verlangen kann, daß der Gläubiger auch von den andern zahlungsfähigen Mitbürgen ihre Antheile fordere. Vermöge dieser Wohlthat kann jeder Mitbürge der gegen ihn erhobenen Klage die Einrede, daß auch die übrigen zahlungsfähig seien, entgegenstellen und so den Kläger nöthigen, deren Zahlungsfähigkeit gerichtlich prüfen und seine Einrede nachweisen zu lassen [2]). Diese Befugniß wurde analog auf alle Fälle angewandt, in denen Einem eine Einrede gegen eine später mögliche oder zu erwartende Klage zusteht, deren Verlust er bis zur Klageanstellung befürchtet, so, daß er den Kläger zur Einbringung der Klage binnen einer bestimmten Frist unter dem Rechtsnachtheile, widrigenfalls die Einrede als erwiesen und wirksam anerkennen zu müssen, gerichtlich nöthigen kann [3]). Der Zweck ist also Sicherstellung der Einrede, weßhalb vor Allem die

---

[1]) Engel. l. c. n. 57.

[1]) Fr. Inter fidejussores. 26. D. de fidej. (46. 1.). §. Si plures. 4. J. eod. (3. 21.)

[2]) Fr. Si contendat. 28. D. eod: »Si contendat fidejussor, ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam: si non et illi solvendo sint.«

[3]) Ueber den Inhalt unserer Stelle sagt die Glosse: »Reus, qui habet exceptionem, si actor differt agere, forte, ut moriantur testes, qui possint exceptionem probare, correus potest ipsum ad judicium provocare implorando judicis officium et petendo, declarari sibi exceptionem competere, et illi imponi silentium super actione, et sic non solum petere examinari testes ad aeternam rei memoriam.«

Gefahr des Verlustes nachgewiesen werden muß, und das Verfahren ist ein vorläufiges und summarisches.

2. Das zweite jener Verfahren ist der Arrestprozeß. — Arrest, arrêt, ist in der allgemeinsten Bedeutung jedes Hinderniß, das eine Bewegung hemmt, arrête; übertragen ist er in der Gerichtssprache die richterliche Verfügung, wodurch die Entfernung einer Person oder Sache untersagt wird, deren Richtachtung Nachtheile nach sich zieht, und ist ein Personal- oder ein Realarrest. Mit dem Ausspruche eines Personalarrestes kann zugleich auch physisches Festhalten durch Entziehung der äußeren Freiheit, Haft, custodia, verbunden werden, wie gegen schwere Verbrecher mit der Untersuchung verfügt wird [1]).

In Civilsachen wird ein Arrest gegen eine Person oder Sache verfügt, Beschlag, Kummer, Verkümmerung, wenn Gefahr befürchtet wird, die Forderung des Gläubigers werde ohne Anwendung dieses Mittels nicht befriedigt werden. Der Arrest bezielt also die Sicherheit der Forderung des Gläubigers und setzt eine Gefahr des Verlustes voraus. Mit dem Antrage auf den Arrest muß daher der Implorant, gewöhnlich Impetrant genannt, seine Forderung und den Arrestgrund sofort wenigstens wahrscheinlich machen. Nach vorgängiger Prüfung der Statthaftigkeit erläßt der Richter das Arrestmandat, wodurch er bei persönlichem oder bei Realarrest auf bewegliche Sachen, die sich im Besitze des Impetraten, Arrestaten, befinden, einem Gerichtsdiener die Art der Arrestanlegung, durch Wegnahme oder Sequestration, vorschreibt, dem fremden Besitzer aber die Herausgabe unter Strafe der eigenen Verantwortlichkeit, und wenn der Arrestat Forderungen hat, deren Auszahlung unter Strafe der doppelten Zahlung verbietet, bei Realarrest auf unbewegliche Sachen aber deren Veräußerung unter Strafe der Nichtigkeit untersagt, oder dafür Sequester anlegt. Das ist die erste Handlung, welcher später eine zweite, die Rechtfertigung des Arrestes, folgt.

Von jenem Mandate setzt der Richter beide Theile in Kenntniß und bestimmt zugleich einen Termin zur Rechtfertigung. Gelingt diese, so wird der Arrest bestätigt, sonst aber aufgehoben.

Der Arrestprozeß kann als Inzidentverfahren während eines bereits begonnenen Hauptprozesses eingeleitet werden, oder auch fur sich allein

---

[1]) Fr. De custodia. 1. D. de cust. et exhib. reor. (48. 3.). C. In memoriam. 3. §. 1. D. 19. C. Mennam. 7. pr. C. 2. Q. 5. C. Quamvis. 3. de poen. in 6. (5. 9.)

und vorbereitend. In letzterm Falle gehört es ebenfalls vor den Richter der Hauptsache.

3. Das dritte, das Mandatsverfahren, besteht darin, daß der Richter auf einseitigen Vortrag des Imploranten in der vorgetragenen Sache an den Imploraten, Impetraten, den Befehl, mandatum, mit oder ohne Strafandrohung erläßt, den Impetranten klaglos zu stellen, indem er ihm etwas verbietet, mand. inhibitorium, oder gebietet, mand. praeceptivum, oder indem er etwas aufhebt, mand. revocatorium, cassatorium. Der Befehl wird unbedingt unter peremtorischer Anberaumung einer kurzen Frist, mand. sine clausula, oder mit dem Beisatze, im Weigerungsfalle die Gründe anzugeben, mand. cum clausula, ertheilt.

Das unbedingte Mandat kann nur in vier Fällen erlassen werden: wenn nämlich die Sache oder die Handlung notorisch verboten und strafbar ist, wenn durch deren Ausführung dem Imploranten ein Schaden zugefügt würde, der später nicht wieder gut gemacht werden könnte, wenn die Sache gegen das öffentliche Wohl, oder endlich, wenn Gefahr im Verzuge wäre [1]). — Es wird ferner nur ertheilt, wenn mit dem Gesuche zugleich die Beweismittel vorgelegt werden und der Richter daraus erkennt, daß sich der Implorat dagegen nicht mit Erfolg werde vertheidigen können. — Dem Impetraten wird das Mandat, zur Nachricht auch das Mandatsgesuch, mitgetheilt. Bringt er in der gestellten Frist keine Einwendungen dagegen vor, oder leistet er nicht Folge, so tritt die Exekution ein. Macht er Einreden geltend, so müssen sie sofort erwiesen werden, die formelle Rechtsbeständigkeit des Verfahrens oder ein Spolium betreffen, oder das Mandat als durch unwahre Angaben des Sachverhaltes erschlichen, exceptio subreptionis et obreptionis, darstellen. Werden die Einreden als unerheblich erkannt, so wird das Mandat durch Spruch bestätigt, Inhäsiv-Mandat, und der Impetrat zum Gehorsam, ad parendum, angewiesen; werden sie aber als erheblich gefunden, so wird der Impetrant zur Replik, und, wenn er Neues erbringt, der Impetrat noch zur Duplik zugelassen, damit dann das Verfahren geschlossen, und entweder das Mandat aufgehoben oder bestätigt, oder neues Beweisverfahren auferlegt.

Ein bedingtes Mandat, m. c. clausula, wird ertheilt, wenn ein unbedingtes in den angegebenen Fällen wegen der Möglichkeit gegründeter Einreden oder wegen ungenügender Nachweise nicht zuläßig ist, oder in minder wichtigen Sachen, die schon einiger Maßen wahrscheinlich gemacht

[1]) Pirrh. lib. 2. tit. 12. n. XXIII. Andere lassen indessen der Fälle mehre zu.

[illegible] Frist nicht ver[illegible] [illegible] unbedingtes Man[illegible] [illegible] geschritten; wer[illegible] [illegible] ordentliche oder [illegible]

4. [illegible] hierhin gehörigen [illegible] persönlichen For[illegible] [illegible]. Vindi[illegible] [illegible] sofort beweisende, [illegible] gewiß und unzweifelhaft [illegible], daß in Beziehung [illegible] deren Recognition [illegible]

[illegible] wenigstens abschriftlich [illegible] Anlagen unter perem[illegible] [illegible] Androhung, daß sein Nicht[illegible] [illegible] gelten würde, zugefertigt. Er[illegible] [illegible] angenommen und, wie auch auf [illegible] in der Sache gesprochen. Erscheint der Implorant nicht, so wird jener von der Instanz entbunden. Leistet der Implorat den [illegible], so muß er, da bei diesem Verfahren kein Beweis der Aechtheit der Urkunden zulässig ist, von der Instanz absolvirt werden, wobei denn dem Imploranten der ordentliche Prozeß mit Benutzung seiner sonstigen Beweismittel offen bleibt. Bringt Implorat sofort liquide Einreden vor, so wird darauf zu Protokoll replicirt und duplicirt und entschieden. Erheischen die Einreden ein erweitertes Verfahren, so können sie in diesem Prozesse nicht ausgeführt werden, sondern es muß vielmehr ein Definitiv-Urtheil unter Vorbehalt des besondern Verfahrens ergehen.

Viertes Buch.

Feierliches Strafverfahren.

Erster Titel.

Einleitende Uebersicht.

1. Delikte und Excesse können zu ihrer Bestrafung in vier verschiedenen Weisen gerichtlich verhandelt werden: durch accusatorisches, accusatio, durch inquisitorisches, inquisitio, durch das Denuntiations=, denuntiatio, und das in Fällen der Offenkundigkeit eintretende Verfahren, notorium [1]). Daneben kann die Einrede, exceptio, nicht genannt werden, da sie zwar eine gerichtliche Verhandlung veranlassen, doch kein Straferkenntniß zum Ergebniß haben kann, und die Verhandlung kein Strafverfahren ist [2]). Von jenen vier Weisen hat jede als nächstes Ziel, ein Urtheil nach Wahrheit und Gerechtigkeit zu finden, damit Niemand ohne gesetzlichen Beweis zur Strafe gezogen wird [3]), daher denn, juristische

[1]) C. Qualiter. 24. in f. X. de accusat. (5. 1.): »... Contra quos, ut de notorio taceatur, etsi tribus modis possit procedi, per accusationem videlicet, denuntiationem et inquisitionem ipsorum.« C. Licet. 31. pr. X. de simon. (5. 3.)

[2]) C. Super his. 16. X. de accus. (5. 1.): »... tribus modis valet crimen opponi, denuntiando, excipiendo et accusando.« Das Delikt kann Einem, um ihn abzuwehren, durch Einrede gerichtlich entgegen gesetzt werden, doch nicht, um dadurch eine Bestrafung gegen ihn hervorzurufen: »... Licet enim agatur de crimine, non est tamen hujusmodi quaestio criminalis.«

[3]) C. Multi. 18. §. 2. C. 2. Q. 1. S. August: »... Noluit enim (apostolus) hominem ab homine judicari ex arbitrio suspicionis, vel etiam extraordi-

Gewißheit von der Urheberschaft einer strafbaren Handlung und von der Schuld zu gewinnen und den Schuldigen nach dem Gesetze zu beurtheilen. Sie haben also mit dem Civilverfahren eine ganz gleichartige Aufgabe, nur einen verschiedenartigen Gegenstand, woraus sich schon erkennen läßt, daß sie auch die Haupthandlungen damit gemein haben müssen. Wirklich ist es bei ihnen durchgreifend die Grundlage. Es bestehen zwar bedeutende Abweichungen und Modifikationen [4]), doch finden diese ihre Erklärung in der Beschaffenheit des Gegenstandes und in der damit gegebenen Eigenthümlichkeit der Verhandlungsart.

2. Die wichtigsten und gangbarsten Verhandlungsweisen sind die zwei zuerst genannten. Ihr charakteristischer Unterschied besteht darin, daß das accusatorische Verfahren, wozu auch die Denunciation gehört, vindikativ ist und auf Verhängung der gesetzlich angedrohten Strafe hinzielt [1]), das inquisitorische hingegen auf Hebung des Schadens, ähnlich der Klage auf Entschädigung in Folge eines Deliktes im Civilwege, daher nicht die Verfolgung des Deliktes an sich, sondern in seinen Wirkungen zur Aufgabe, und so die Natur des Civilverfahrens hat [2]). Das inquisitorische Verfahren hat außerdem Eigenthümlichkeiten, die füglicher der speziellen Erörterung vorbehalten werden. In Beziehung auf strafbare Handlungen gebraucht, hat denuntiatio eine doppelte Bedeutung: in der einen bezeichnet es die gerichtliche Anzeige zur Erwirkung einer gesetzlichen Bestrafung und steht mit der Accusation in Verbindung, in der andern ist sie die Anzeige einer unsittlichen Handlung bei der kirchlichen Obrigkeit, um

---

nario usurpato judicio, sed potius ex lege Dei secundum ordinem ecclesiae, sive ultro confessum, sive accusatum atque convictum.« C. Deus omnipotens. 20. in f. ibid.: ». . . nullum ante veram justamque probationem judicare aut damnare debemus.« C. Si constiterit. 12. X. de accus.

[4]) Pr. J. de publ. jud. (4. 18.)

[1]) C. Uxor tua. 4. C. de his, qui accus. n. poss. (9. 1): »Uxor tua, si . . . necem vindicandam existimat.« C. Universi. 9. C. ubi caus. fisc. (3. 26.): ». . . ad publicae sententiam vindictae . . . convolare.« C. Per tuas. 32. X. de simon. (5. 3.): ». . . credimus distinguendum utrum is . . . denuntietur simpliciter, aut criminaliter accusetur, et utrum agatur secundum juris rigorem, aut secundum temperantiam aequitatis.« C. Tuae fraternitatis. 5. X. de procurat. (1. 38.)

[2]) C. Qualiter. 24. de accus. et gl. v. forma. C. Licet. 31. X. de sim. (5. 3.) et gl. v. forma: ». . . Et ita judex semper secundum finem, ad quem quis agit, formabit sententiam, hoc est, depositionis in accusatione, remotionis ab administratione in inquisitione.«

Lebensbesserung durch Buße zu erwirken, gehört mithin nicht eigentlich zum Strafverfahren. Was Notorium als Thatsache sei, ist in der Lehre von den Beweismitteln[3]) nachgewiesen worden, das Verfahren, welches ein solches zum Gegenstande hat, heißt ebenfalls Notorium und unterscheidet sich von der Accusation durch die Eigenthümlichkeit beim Beweisverfahren.

3. Auch die Lehre über das Accusationsverfahren hat das kanonische Recht fast ganz aus dem römischen aufgenommen. Wie sie im Leben gangbar war, hat sie Gratian in allen Haupttheilen mit den kirchlichen Bestimmungen seinem Werke einverleibt[1]), mit welchem sie verbreitet wurden und in Geltung blieben. Gegenstand eines Strafverfahrens überhaupt nun können nur rechtlich strafbare Handlungen, Delikte, sein. Und diese werden nach der Größe der Rechtsverletzung als schwere, gravia, gedacht, im Gegensatze zu welchen denn geringere Rechtsverletzungen leichte Delikte, levia, genannt werden. Die schweren Delikte bedrohten aber die Gesetze nicht bloß mit entsprechend schweren Strafen, sondern bestimmten auch besondere, aus mehren Personen bestehende Behörden, quaestiones perpetuae, vor welchen, als den je zuständigen und regelmäßig handelnden Gerichten, judicia ordinaria, die Sachen verhandelt wurden. Die leichten Delikte waren nicht gesetzlich so bedroht, wurden nicht vor einem solchen Gericht, auch nicht nach dem für die schweren bestehenden Verfahren, sondern kurzweg, summarrisch, de plano, vor einem Magistrate untersucht und nicht nach Strafgesetzen, sondern nach Ermessen bestraft[2]). Sie können also nicht Gegenstand einer Accusation und eines Accusationsverfahrens werden. Die Accusation setzt demnach einen mit Strafgewalt ausgerüsteten Richter und ein schweres Delikt, dessen Jemand beschuldigt wird, als Gegenstand ihrer Wesenheit nach voraus.

4. Die eigentliche[1]) und technische Bedeutung von accusare,

---

[3]) B. 1. Tit. 8. §. 2. ff.

[1]) Namentlich in caus. 2. bis 7. — In c. Nos sequentes. 19. in f. C. 6. Q. 1. spricht Pseud-Isidor als allgemeine Regel aus: »... et nullae accusationes a judicibus audiantur ecclesiasticis, quae legibus saeculi prohibentur.«

[2]) Fr. Levia crimina. 6. D. de accus. (48. 2.): »Levia crimina audire et discutere de plano proconsul oportet, et vel liberare eos, quibus objiciuntur, vel fustibus castigare, vel flagellis servorum verberare.«

[1]) Das Wort wird etymologisch abgeleitet von causa in der Bedeutung von Prozeß. So von Isidorus in c. Forus. 10. X. de V. S. (5. 40.): »... Accusator vocatus est quasi causator, quia ad causam vocat eum, quem appellat.« — Gegen C. Fabricius war P. Canutius als Ankläger wegen Giftmordes aufgetreten. Da-

κατηγορεῖν, ist, Jemanden vor dem Criminal-Richter eines schweren Deliktes beschuldigen [2]), damit die gesetzliche Strafe über ihn verhängt werde. An dem accusare ist aber als wesentlich zugleich zu denken, daß die Beschuldigung immer gegen den persönlich anwesenden Beschuldigten vor dem persönlich anwesenden Richter und in der Regel durch mündlichen Vortrag des ebenfalls persönlich gegenwärtigen Anklägers geschah. Und diese spezielle gerichtliche Handlung des Beschuldigens ist die eigentliche Anklage, accusatio, κατηγορία. Alle andern Handlungen können nur wegen ihrer Beziehung auf sie, oder durch Uebertragung ein accusare oder eine accusatio heißen. So wird der spezielle, gegen Jemanden gerichtete Strafprozeß accussatio genannt [3]), der sonst judicium [4]), oder auch crimen [5]) heißt, und eben so

---

von sagt Cicero pro Cluent. c. 21. §. 58: »Citatur reus, agitur causa: paucis verbis accusat, ut de re judicata, Canutius,« bezeichnet also die eigentlichen gerichtlichen Verhandlungen mit causa und das accusare als mündlichen Vortrag der Beschuldigung.

[2]) Ein Mitschuldiger des C. Fabricius war sein Freigelassener, Scamander, gegen welchen P. Canutius zuerst aufgetreten war. Von diesem sagt Cicero pro Cluent. c. 1[8]: »Res agi coepta est: citatus est Scamander reus. Accusabat P. Canutius, homo in primis ingeniosus . . . accusabat autem ille quidem Scamandrum verbis tribus, venenum esse deprehensum.« Wie C. Fabricius, so war auch Scamander schon in Anklagestand versetzt, reus, Jeder wurde, als die Anklage vorgenommen werden sollte, vorgerufen, citatus: die Anklage geschieht in eines Jeden Anwesenheit, und zwar vor Gericht, und besteht in dem Vortrage der Beschuldigung des Verbrechers.

[3]) Fr. Servos. 5. D. de accus.: ». . . adversus proprium servum accusationem instituere dominus potest.« Fr. Si quis. 5. §. 1. D. de publ. jud. (48. 1.): ». . . est enim constitutum . . . . post delationem accusationem quem inchoare non posse.« Fr. Lege Cornelia. 30. §. 1. D. ad leg. Corn. de fals. (48. 10.). — Ueber die Vorbereitung zu einem solchen Prozesse sagt Cicero pro Muren. c. 21. 22. §§. 43—45: ». . . simul atque candidatus accusationem meditari visus est, ut honorem desperasse videatur . . . . Petitorem ego . . . magna spe . . . in campum deduci volo: non placet mihi inquisitio candidati . . . non testium potius, quam suffragatorum comparatio; non minae magis, quam blanditiae . . . Serpit hic rumor: scis tu illum accusationem cogitare, inquirere in competitores, testes quaerere? . . . Adjungitur enim accusationis cogitatio, non parva res, sed nimirum omnium maxima. Magnum est enim, te comparare ea, quibus possis hominem e civitate . . . exturbare.«

[4]) §. Publica. 1. J. de publ. jud. (4. 18.). Fr. Praevaricationis. 3. §. 8. D. de praevar. (47. 15.). Fr. Non omnia. 1. D. de publ. jud. (48. 1.).

[5]) Fr. In eum. 15. D. de accus.: ». . . non debet cogi actor, omissa actione civili, crimen intendere.« Fr. Divi fratres. 19. pr. D. eod: ». . . ex-

das ganze Strafverfahren, die Art und Weise der Aufeinanderfolge und der Vornahme der Handlungen, die Form[6]), wie man die darauf bezüglichen Schriftstücke libelli accusationis oder Anklageakten nennt. Ein gerichtlich gegen ein Testament[7]) als inofficios, oder gegen eine eheliche Verbindung als eine unrechtmäßige[8]) gerichteter Angriff kann, schon weil der Gegenstand des Angriffes kein der Schuld oder der Strafe fähiges Subjekt ist, auch nicht metonymisch ein solches vertritt, nur sehr uneigentlich als ein Anklagen, accusare, gedacht werden. Viel natürlicher ist und weit näher liegt der Gedanke an ein Beschuldigen des Freundes wegen Nachläßigkeit im Schriftverkehre[9]).

Die gerichtliche Verfolgung eines schweren Deliktes aber geschah immer nur durch eine Accusation, weil keine andere Weise, eine rechtmäßige Bestrafung desselben zu erwirken, bekannt war, und wo umgekehrt von Accusation wegen eines solchen Deliktes Erwähnung geschieht, ist nur die bezeichnete zu denken. Das Nämliche gilt vom kanonischen Rechte, da in der Kirche, außer der Bestrafung auf den Grund der Notorietät, bis in das neunte Jahrhundert ebenfalls kein anderes Verfahren, als durch Accusation bekannt war. Und diese kommt im neuen Testamente in mehr als vier Prozessen vor[10]), ihrer wird

»qui crimina.« Fr. Qui metu. 16. pr. D. de re milit. (49. 16.): »Qui metu criminis, in quo reus fuerat postulatus, nomen militiae dedit.« C. Adulteram. 13. C. ad leg. Jul. de adul. (9. 9.): »Adulteram, postquam crimen contra eam inchoatum est.« C. Si cautiones. 2. C. de his, qui accus. (9. 1.)· »... in crimine falsi subscribere.« C. Si, ut proponis. 4. C. si reus vel accus. mort. (9. 6.). C. un. C. 4. Q. 5. C. Cum civili. 3. C. de ord. jud. (3. 8.). Vgl. Strafr. B. 1. T. 3. §. 6.

[6]) Cic. pro Fontej. §. 30: »M. Fonteius ita duabus actionibus accusatus est, ut objectum nihil sit, quo significari vestigium libidinis ... possit. Non modo nullum facinus hujus protulerunt, sed ne dictum quidem aliquod reprehenderunt.« In diesem Sinne spricht man auch von Accusation im Gegensatze von Inquisition.

[7]) Quintil. V. 50: »Contra tabulas quoque saepe dictum, saepe dicendum est, quum eas non solum refelli, sed etiam accusari sciamus esse usitatum.« §. Non autem. 1. J. de in off. test. (2. 18.): »... permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare.« Fr. Posthumus. 6. §. 2. D. eod. (5. 2.)

[8]) C. Cum in tua. 6. X. qui matr. accus. poss. (4. 18.)

[9]) Cic. ad Attic. I. epist. 6. §. 1: »Non committam post hoc, ut me accusare de epistolarum negligentia possis.«

[10]) Der erste ist der Prozeß gegen die Ehebrecherin, Joan. 8, 3—10. Die Pharisäer führten sie vor Jesus, bezeichneten ihr Verbrechen und führten das Strafgesetz an. Sie handelten mithin als Ankläger, und Jesus fragte zum Schlusse: »ubi sunt, qui te

außerdem sowohl in Beziehung auf Juden [11]), als gegen Christen [12]) erwähnt.

5. Die schweren Delikte unterschied man nach ihrer Verfolgbarkeit als öffentliche, del. publica, und private, del. privata [1]). Jene nannte man so, weil gegen sie in der Regel Jeder aus dem Volke als Ankläger auftreten konnte, und zu ihnen gehörten die schwersten Verbrechen, über welche besondere Gesetze bestanden und für welche eigene Quästionen errichtet waren. Die gerichtlichen Untersuchungen darüber hießen ebenfalls judicia publica [2]). Zu den Privatdelikten zählte man Rechtsverletzungen, welche, wie namentlich Diebstahl, Injurie, Raub, rapina, Verletzungen, damnum datum [3]), nur von den Verletzten, und zwar durch Privatklagen, actiones, auf eine Privatstrafe verfolgt wurden. Für sie gab es keine Quästionen, weßhalb denn auch die Bezeichnung von judicia privata im Gegensatze zu jenen judicia publica nicht vorkommen konnte. Unter den Kaisern wurden diese Delikte zwar auch criminell verfolgt, jedoch nicht

---

accusabant, οἱ κατήγοροί σου.« — Der zweite ist der gegen den Heiland selbst. Als die Priester und Aeltesten Ihn vor Pilatus gebracht hatten, heißt es: »coeperunt illum accusare, κατηγορεῖν αὐτοῦ;« und vor Herodes thaten sie das Nämliche: »Stabant . . . constanter accusantes eum, κατηγοροῦντες αὐτοῦ.« Luc. 23. 1—10. Pilatus fragte die Juden: »Quam accusationem affertis adversus hominem hunc? τίνα κατηγορίαν φέρετε;« Joa. 18. 29. — Der dritte ist jener, in welchem der h. Paulus zu Jerusalem gezogen wurde. Act. 22, 29, 30: ». . . Tribunus . . . volens scire diligenter, qua ex causa accusaretur, τὸ τί κατηγορεῖται, . . . jussit sacerdotes convenire et omne consilium, et producens Paulum statuit inter illos.« — Der vierte ist der zu Cäsarea gegen ihn erneuerte, wovon es act. 24, 2. heißt: »Et citato Paulo coepit accusare, ἤρξατο κατηγορεῖν, Tertullus dicens.«

[11]) Nach seiner Ankunft in Rom ließ der h. Paulus die Angesehensten der Juden zu sich bitten und sprach zu ihnen über seine Berufung an den Kaiser gegen die Anklagen der Juden, act. 28, 19: ». . . coactus sum appellare ad Caesarem, non quasi gentem meam habens aliquid accusare, ἔχων τι κατηγορῆσαι.«

[12]) Der h. Paulus ertheilte dem Timotheus I. Tim. 5, 19. die wichtige Weisung: »Adversus presbyterum accusationem noli recipere, κατηγορίαν μὴ παραδέχου, nisi sub duobus aut tribus testibus.«

[1]) C. Dedit nobis. 3. §. 8. C. de vet. jur. enucl. (1. 17.): ». . . extrema pars . . . omnia recenset, quae ad majora delicta pertinent, quae vocantur privata, et item quae ad ea, quae necdum ordinaria appellant, sed ipsis extraordinariorum appellationem imponunt, descendit etiam et ad publica crimina, quae atrocissima sunt, et magnam sibi advocant poenam.«

[2]) §. Publica. 1. J. de publ. jud. (4. 18.): »Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.«

[3]) Pr. J. de oblig. quae ex delict. nasc. (4. 1.). Pr. J. de nox. act. (4. 8.).

vor Quästionen, also auch nicht vor judicia ordinaria, sondern vor einzelnen, dazu ermächtigten Magistraten, mithin extra ordinem [4]).

Unter den Kaisern wurde es Regel, auch alle öffentliche Delikte solchen Magistraten zu überweisen, so daß die judicia publica ordinaria aufhörten, und alle Strafuntersuchungen außerordentliche, extraordinaria [5]), waren, ohne daß aber etwas an dem Verfahren selbst und an der Bestrafung geändert wurde [6]).

Wichtiger ist hier die Unterscheidung des Verfahrens, wie beim Civilverfahren, in ein förmliches und feierliches, und ein abgekürztes und summarisches. Der Unterschied beruht einerseits auf der äußern Form und andererseits auf dem Gegenstande und dem Subjekte des Anklägers. Gegenstand des summarischen Verfahrens waren schwere Delikte, die öffentlich gefährlich waren, und die gerichtliche Verfolgung konnte zwar von einzelnen Privaten, doch auch von Amts wegen betrieben werden, wobei das Verfahren ein einfaches und rasches war, da die Verfolgung aller andern Delikte den Charakter der Verfolgung der Rechtsverletzungen gegen Einzelne, mithin der privatrechtlichen Klage, behielt, und sich das Verfahren ebenfalls in ähnlichen Förmlichkeiten bewegte. Das alte Strafrecht ging von der Grundansicht aus, daß die Staatsgewalt zwar den nachgesuchten Rechtsschutz auch gegen Verbrecher gewähre, nicht aber selbst, des Schutzes der Gesellschaft wegen, die Verbrecher zu bestrafen habe. Das summarische Verfahren kann man ebenfalls im Strafrechte ein außerordentliches nennen, wenn man das feierliche ein ordentliches accusatorisches nennt. Das feierliche ist auch das regelmäßige, das in der Regel gedacht wird, wenn von Accusation als Verfahren die Rede ist, und besondere Aufmerksamkeit verdient.

---

[4]) Fr. Meminisse. 42. D. de furt. (47. 2.)

[5]) Fr. Ordo exercendorum. 8. D. de publ. jud. (48. 1.): »Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.«

[6]) §. De ordine. 8. J. de interd. (4. 15.): »... quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia,« das heißt, durch die Aenderung der alten Gerichtsordnung wurden die Untersuchungen extraordinaria.

Ordentliches accusatorisches Verfahren*).

Zweiter Titel.

Beschränkungen der Accusationen.

1. Die Verfolgung eines Deliktes durch Accusation hat, schon wegen des vindikativen Charakters der bezielten Bestrafung in der Regel etwas Gehässiges an sich [1]), das durch den Verdacht, sie habe mehr in der Rache und in Leidenschaftlichkeit oder in selbstsüchtigen Berechnungen, als in dem Abscheu gegen das Unrecht, ihren Beweggrund und durch den Hinblick auf den ernsten Ausgang in den meistens schweren Strafen noch erhöht wird. Das hatte die natürliche Folge, daß die Accusationen nicht begünstigt, vielmehr erschwert wurden. Und hieraus erklären sich die verschiedenen beschränkenden Bestimmungen sowohl in den aufgestellten allgemeinen Grundsätzen, als in den vorgezeichneten einengenden Förmlichkeiten.

2. Von den allgemeinen Grundsätzen verdient dieser zuerst angeführt zu werden, daß es *ohne gesetzlichen Ankläger* keine Anklage und keine Bestrafung gibt [1]). Diesem reiht sich der andere an, daß früher bei jeder Anklage immer *nur ein* Ankläger auftreten durfte [2]). Die

---

*) J. de publicis judiciis. (4. 18.). — D. de accusationibus et inscriptionibus. (48. 2.). — C. de accusationibus et inscriptionibus. (9. 2.). — X. de accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus. (5. 1.). — De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus in 6. (5. 1.)

[1]) C. *Si quis episcopus.* 50. C. 2. Q. 7: »... quicunque fuerit ille ... qui hoc genus *illaudabilis* intentionis arripuerit.« Gl. v. *illaudabilis*: »Accusationem vocat *illaudabilem* intentionem, quia causae materiam criminibus creare noscuntur ... et praesumitur semper, quod invidiae causa fiat accusatio ... et quod vix sine culpa experiri possit.« Cic. in Q. Cael. c. 1. 2.

[1]) Fr. *Rescripto.* 6. § 2. D. de muner. (50. 4.): »Si quis *accusatorem non habeat, non debeat* honoribus *prohiberi* ... imperator ... rescripsit.« Cic. pro Rosc. Amer. c. 20. § 56: »... nocens, *nisi accusatus fuerit condemnari non potest.*« C. *Nihil.* 4. C. 2. Q. 1: »*Nihil* contra quemlibet accusatum *absque legitimo et idoneo accusatore* fiat.« C. *Si quis.* 31. C. 23. Q. 4.

[2]) Fr. *Si plures.* 16. D. h. t. Fr. *Ex lege Julia.* 2. §§. 8. 9. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

beschränkende Bedeutung dieser Maßregel zeigt sich erst in Verbindung mit der ferneren, daß der Ankläger bei der ganzen Verhandlung die Rolle des Klägers im Civilprozesse, als hätte er sein eigenes Recht zu vertreten, übernehmen muß [3]), daher, wie dieser, alle Anträge selbst stellt, die Beweise sammelt, sie dem Gerichte vorführt und durch Entwickelung ihrer Beweiskraft dessen Ueberzeugung vermittelt [4]). Dazu kommt, daß der Ankläger alle wesentliche Handlungen vor Gericht selbst vornehmen mußte und sich nicht, wie im Civilverfahren, durch einen Andern durfte vertreten lassen [5]), und zwar bei einer Privatanklage sowohl, als bei öffentlichen. Nur wegen Ehrenkränkungen konnten hochstehende Personen einen Prokurator bestellen [6]). Der Grund dieser beschränkenden Vorschrift ist nicht in der Verantwortlichkeit, die der Ankläger übernimmt [7]), sondern theils darin zu suchen, daß die feierlichen Anklagen

[3]) Bei der Untersuchung gegen Verres sagte Cicero, divin. c. 1. §. 1: ». . . is, si mei consilii causam rationemque cognoverit . . . in hac causa profecto neminem praeponendum esse mihi actorem putabit.« C. 2. §. 4: ». . . Dicebam, habere eos actorem Q. Caecilium.« §. 6: ». . . ut homo . . . me agente in judicium vocaretur.« C. 4. §. 11: ». . . Siculi universi . . . me actorem causae totius esse voluerunt.« Act. II. lib. 1. c. 19. §. 50: ». . . Quas iste tabulas illinc, quae signa sustulit! quae cognovi egomet apud istum in aedibus nuper, quum obsignandi gratia venissem.« Lib. 2. c. 26. §. 64: ». . . testes non solum deterrere verbis, sed etiam vi retinere coepit. Quod ego meo adventu illius conatus aliquantulum repressissem, et apud Siculos non Metelli, sed Glabrionis literis ac lege pugnassem, tam multos huc evocare non potuissem.«

[4]) C. Quod autem. 1. C. 6. Q. 5: ». . . si nunquam ratio ei, qui accusatur, necessitatem probationis imponeret.« At postquam non tibi, sed accusatoribus hoc onus incumbit, ad nos . . . venire non declines.« C. Accusator. 2. ibid. C. Actor. 23. C. de probat. (4. 19.)

[5]) Fr. Accusatore. 13. §. 1. D. de publ. jud. (48. 1.): »Ad crimen publici judicii persequendum frustra procurator intervenit; . . . sed excusationes absentium . . . judicibus allegantur, et si justam rationem habent, sententia differtur.« Fr. Quaeri solet. 1. D. an per alium caus. app. (49. 9.): ». . . sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem non licet.« C. Si quando. 40. C. 2. Q. 6. C. Absens per alium. 18. C. 3. Q. 9. C. In criminalibus. 2. C. 5. Q. 3. C. Tuae fraternitatis. 5. X. de procurat. (1. 38.): ». . . si vir accuset uxorem de crimine adulterii . . . non per procuratorem, sed per se ipsum praesentem oportet personaliter accusare.«

[6]) C. Si quando. 11. C. de injur. (9. 35.), worauf Grat. 4. par. c. Absens per alium. 18. C. 3. Q. 9. hinweist.

[7]) Wie in c. Tuae fraternitatis. 5. X. de procur. (1. 38.) in den Worten: »quia tunc inscriptionis vinculum debet arripere seque ad poenam talionis adstringere.« angenommen wird.

erschwert werden sollten, und theils in der Eigenthümlichkeit der Bestellung eines Prokurators und des Begriffes von einem solchen im römischen Prozesse [8]). — Im kanonischen Rechte können auch mehre Ankläger handeln, auch mehre Prokuratoren bestellt werden [9]).

Es darf ferner ein und derselbe Ankläger nicht gegen zwei Angeklagte zu gleicher Zeit auftreten [10]), wofern er nicht die eigenen oder der Seinigen Kränkungen verfolgt, oder die Beschuldigten nicht durch Betheiligung an der nämlichen That mit einander in Verbindung stehen. Die Begünstigungen des Beschuldigten könnten nicht als gerecht und billig gelten, wenn sie den Gekränkten selbst in seinem Rechte beschränkten [11]). Wenn daher ein Ehemann wegen anderer Verbrechen schon zwei Beschuldigte in Anklagestand gebracht hat, so kann die Rücksicht auf diese ihn in seinem Rechte, die durch den Ehebrecher erlittene Kränkung zu verfolgen, nicht beeinträchtigen [12]). Aus diesem Grunde tritt die Beschränkung auch bei Privatdelikten, da ihre Bestrafung nur durch die Gekränkten erwirkt werden kann, nicht ein [13]). Wäre ein Delikt, wie erwähnt, ein gemeinschaftliches, so würde es gegen jeden Mitschuldigen einzeln verfolgt werden können; dann wäre die gleichzeitige Verfolgung durch die Gemeinschaft der verbrecherischen Handlung gerechtfertigt [14]). Wegen des Ehebruches jedoch dürfen die beiden Schuldigen nicht gleichzeitig angeklagt werden [15]), sondern der eine erst, wenn die Untersuchung gegen den

[8]) B. 2. Tit. 4. §§. 9. 14.

[9]) C. Licet in beato. 14. X. h. t.

[10]) Fr. Hos accusare. 12. §. 2. D. h. t.: »Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne eodem tempore de duobus reis quis quereretur, nisi suarum injuriarum causa.« Fr. Qui accusare. 8. in f. D. eod: ». . . prohibentur accusare . . . Alii propter turpem quaestum, ut, qui duo judicia adversus duos reos subscripta habent.«

[11]) Fr. Hos accusare. 12. §. 2. D. eod. Not. 10. C. Cum rationibus. 16. C. qui accusare non poss. (9. 1.): ». . . nisi suos suorumque injurias quis persequatur.«

[12]) Fr. Inter liberos. 6. §. 3. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): »Maritus, etsi duos reos ex alio crimine habeat, poterit jure viri tertium accusare.«

[13]) Fr. Pater. 41. D. de injur. (47. 10.): »Pater, cujus filio facta est injuria, non est impediendus quominus duobus judiciis, et suam injuriam persequatur, et filii.«

[14]) Fr. Qui pupillum. 7. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): ». . . incesti commune crimen adversus duos simul intentari potest.« Fr. Vim passam. 39. §. 7. D. eod.

[15]) Fr. Si maritus. 15. §. 9. D. eod: »Si quis et adulterum et adulteram simul detulit, nihil agit.« Fr. Vim passam. 39. §. 6. D. eod.

andern geschlossen ist[16]). Nur wer sich dabei der Kuppelei schuldig machte, kann zu gleicher Zeit verfolgt werden[17]).

3. Diese Beschränkungen des Anklägers sind mittelbare Begünstigungen des Beschuldigten; es gibt deren auch, die sich unmittelbar auf ihn beziehen. Die erste Stelle gebührt hier dem Schutze, welcher dem Beschuldigten dadurch gewährt ist, daß bei einer Anklage keine wesentliche Gerichtshandlung in seiner unverschuldeten Abwesenheit vorgenommen werden darf[1]), und er sich dabei auch nicht durch einen Andern kann vertreten lassen[2]).

Eine andere Begünstigung enthält die Regel, daß, wer in Folge einer Untersuchung frei gesprochen worden ist, wegen des nämlichen Deliktes nicht wieder angeklagt werden kann[3]). Gegen die neue Anklage würde den Beschuldigten die Einrede der ergangenen Freisprechung schützen und den neuen Ankläger von der Anklage ausschließen, bis er die Prävarikation des früheren in einem vorgängigen Accusations-Verfahren nachgewiesen hätte[4]). Schlösse nun aber die eine Handlung mehre, formell concurrirende, der Gattung nach verschiedene Delikte ein, so könnte, wenn Freisprechung wegen des einen erfolgte, noch eine neue Anklage wegen des andern erhoben werden[5]). Dann würde zwar das nämliche

[16]) Fr. Nihil interest. 32. §. 1. D. eod. C. Reos adulterii. 8. C. eod. (9. 9.)

[17]) Fr. Nihil interest. 32. §. 1. in f. Fr. Vim passam. 39. §. 1. D. eod.

[1]) C. Absentem. 6. C. h. t. (9. 2.): »Absentem capitali crimine accusari non posse ... vetus jus est.« C. Si quondam. 15. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.) C. Accusatori. 1. C. Absente eo. 3. C. Absens per alium. 18. C. 3. Q. 9. — Fr. Miles. 11. §. 2. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): »... absens defendi non potest« — Fr. Absentem. 5. pr. D. de poen. (48. 19.): »Absentem ... damnari non debere.«

[2]) C. Veniens. 15. X. h. t. (5. 1.): »... ipsum reputavimus contumacem, nec procuratores ejus in causa possemus recipere criminali.«

[3]) Fr. Si cui crimen. 7. §. 2. D. h. t.: »Iisdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari.« C. De his criminibus. 6. X. h. t.: »De his criminibus de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari.« C. Si quis vero. 13. §. 2. C. 11. Q. 2.

[4]) Fr. Praevaricationis. 3. §. 1. D. de praevar. (47. 15.). C. Si quis homicidii. 11. C. h. t.

[5]) Die Not. 4. angeführte c. Si quis homicidii. 11. C. h. t. verweis't auf die Regel: »... debebit eum, qui in primordio homicidii postulaverit reum, neque probaverit, ideoque reus absolutus fuerit, praevaricationis arguere,« und gibt, wenn der neue Ankläger dies nicht wollte, den Ausweg an: »ad sequens crimen, i. e. pastorum latronumve descendere eum coges, atque id exequi judicio tuo.«

Subjekt, doch nicht das nämliche Delikt in die neue Untersuchung gezogen. Durch die Freisprechung auf den Angriff des Einen könnte ferner, wenn die Handlung gegen Mehre rechtskränkend gewesen, und eine objektive Concurrenz von Delikten gegeben wäre, das einem Andern zugefügte Unrecht nicht aufgehoben und unwirksam geworden sein [6]). Ihm muß es also unbenommen bleiben, das erlittene Unrecht auch accusatorisch zu verfolgen. Er wird indessen nur zugelassen, wenn er die Verschiebung bis dahin gehörig rechtfertigen kann [7]).

4. Eine der besprochenen analoge Beschränkung ist diese, daß derjenige, gegen welchen der Antrag auf Versetzung in den Anklagestand angenommen ist, delatus, nicht auch noch durch einen Andern des nämlichen öffentlichen Deliktes wegen in Anklagestand versetzt werden kann, deferri [1]). Die anhängig gewordene Anklage schließt, so lange sie schwebt, die andere aus, welche das nämliche Delikt betrifft. Wären daher durch dieselbe Handlung mehre Delikte begangen, wie Ehebruch und Blutschande, wodurch nicht bloß dem Manne des Ehebruches wegen, sondern auch den Verwandten des Incestes wegen [2]) eine Anklageberechtigung entstände; so wären verschiedene Anklageobjekte gegeben, und die anhängig gewordene Anklage würde die andere nicht ausschließen. Der Richter

---

[6]) C. Juris manifestissimi. 3. C. quib. res jud. n. noc. (7. 56.): »Juris manifestissimi est, et in accusationibus his, qui congressi in judicio non sunt, officere non posse, si quid forte praejudicii videatur oblatum.«

[7]) Hierüber sagt Ulpian in fr. Si cui. 7. §. 2. D. h. t. allgemein: »Et putem, quoniam res inter alios judicatae alii non praejudicant, si is, qui nunc accusator exstitit, suum dolorem persequatur, doceatque, ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere;« von dem gekränkten Ehemanne insbesondere aber in fr. Si maritus. 4. §. 2. in f. D. ad leg. Jul. de adult.: »arbitror, hoc quoque casu maritum audiendum, si non negligentia praeventus est. Et ideo . . . marito debet permitti restaurare accusationem, si idoneas causas allegare possit, quibus impeditus non instituit accusationem.« — Die Glosse lehrt zu c. De his criminibus. 6. X. h. t. (Not. 3) v. replicari: ». . . Si vero absolutus est, quia accusator non probavit, tutus est, quia de delicto unius hominis saepius quaeri non debet . . . . et hoc verum est, nisi in duobus casibus: puta, si secundus accusator primum doceat praevaricatum fuisse . . . . item si suum dolorem prosequatur ignorans accusationem ab alio institutam.« Fr. Licet. 6. §. 4. D. Nautae et caup. (4. 9.)

[1]) Fr. Hi tamen. 11. §. 2. D. h. t. in c. Prohibentur. 14. §. 1. C. 2. Q. 1: »Ab alio delatum alius deferre non potest.« C. Qui de crimine. 9. C. h. t.: »Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest.«

[2]) Fr. Si adulterium. 38. pr. u. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

müßte daher auch die zweite zulassen, dürfte aber nicht über die eine ohne gründliche Untersuchung der andern erkennen [3]), doch könnte über jede ein besonderer Spruch ergehen [4]).

5. Ein im Strafrechte wichtiger Grundsatz ist ferner dieser, daß Niemand wegen eines und des nämlichen Deliktes nach verschiedenen Gesetzen in Untersuchung gezogen und bestraft werden darf [1]). Dadurch ist nicht bloß einer Strafenhäufung vorgebeugt, sondern auch der Ankläger genöthigt, seine Strafanträge nicht zu übertreiben, sie vielmehr nach der Strafbarkeit der Handlung und dem ihr entsprechenden Gesetze zu ermessen.

Dritter Titel.

Ankläger.

1. Auch die gesetzlichen Bestimmungen über die Zulässigkeit eines Anklägers haben überhaupt den Zweck des Schutzes gegen falsche Beschuldigungen, doch im Besondern auch die Sicherung eines zuverlässigen Ergebnisses bei Untersuchungen von so großer Wichtigkeit für Einzelne und deren Angehörige, theilweise zunächst aber Förderung der öffentlichen guten Sitten. Sie sind indessen nicht aus einem Grundgedanken durch systematische Entwickelung abgeleitet, sondern aufgestellt, wie sie das praktische Bedürfniß ergab. Daher lassen sie sich auch nicht in ein strenges

---

[3]) C. Qui de crimine. 9. C. h. t.: ». . . si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Judex autem super utroque crimine audientiam accommodabit. Nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat.«

[4]) Gl. ibid. v. super altero: »utroque tamen plenissime discusso, poterit seorsim pronunciare.«

[1]) Fr. Senatus. 14. D. h. t.: »Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret.« Fr. Sanctio legum. 41. in f. D. de poen. (48. 19.). Cic. in Vatini. c. 14: »Quaero illud etiam ex te, . . . postulatusne sis ex lege Licinia et Junia? edixeritne C. Memmius praetor ex ea lege, ut adesses die tricesimo?« Id. pro Cluent. c. 37. §. 104: ». . . Qua lege in eo genere a senatore ratio repeti solet, de pecuniis repetundis, ea lege accusatus honestissime est absolutus.«

System bringen [1]), indem bald nur die eine jener Rücksichten bei den einen, bei den andern aber zugleich noch eine der andern mehr oder weniger vorwaltet; doch ist bei allen gesammt der Gedanke der Beschränkung der Anklagen und der Sicherung des Ergebnisses vorherrschend. Das kanonische Recht hat sie aus dem römischen aufgenommen [2]) und einige durch Nachbildung beigefügt.

Die angegebenen Zwecke haben diese Bestimmungen mit jenen über die Zulässigkeit der Zeugen überhaupt und im Anklageverfahren insbesondere gemein, so, daß es Regel ist, wer nicht Zeuge sein könne, dürfe auch nicht als Ankläger zugelassen werden und umgekehrt [3]). Da ferner der Ankläger auch gerichtliche Handlungen vornehmen muß, so kommt bei ihm zugleich die gesetzliche Fähigkeit zum Postuliren in Betracht [4]).

2. Hiernach können Taube und Stumme, Rasende, Wahnsinnige und Unmündige nicht Ankläger sein. Blinde sind nicht absolut, sondern nur gegen Rechtsverletzungen Anderer unzulässig [1]); Minderjährige aber sind es, wie für das Zeugniß, bis zum zurückgelegten zwanzigsten Lebensjahre [2]), und bei Anklagen wegen Ehebruches bis zum fünfundzwanzigsten [3]).

---

[1]) Die Glosse hat sie zu c. Si legitimus. 1. X. h. t. v. legitimus. in folgenden Versen zusammengestellt:

»Foemina, pupillus, delatus, crimine tentus,
Suspectus, quaestu corruptus, sortilegusque,
Infamis, servus, pauper, cum milite princeps,
Libertus, socius socium, nec non inimici,
Clerus ecclesiam nullus deferre valebit.«

[2]) C. De accusationibus. 5. C. 3 Q. 5: ». . . quascunque ad accusationem personas leges publicae non admittunt, his impugnandi alterum et nos licentiam submovemus, et nullae accusationes a judicibus audiantur, quae legibus saeculi prohibentur.« Der Satz ist in c. Nos sequentes. 19. C. 6. Q. 1. wiederholt, und der Gedanke in c. Accusatores. 8. C. 3. Q 5. an die Spitze gestellt.

[3]) C. Testes. 1. C. 4. Q. 2: »Testes autem ad testimonium non admittendos esse censemus, qui nec ad accusationem admitti praecepti sunt.« Zu c. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1. hat Greg. I. an Anklägern und Zeugen die nämlichen Eigenschaften gefordert. C. Super prudentia. 1. C. 14. Q. 2. — Zu c. Non debet. 56. de test. (2. 20.) bemerkt die Glosse v. pendente accusatione: ». . . Ex hac enim decretali patet, quod testimonium in criminali actione, accusatio et ordinum susceptio pari passu incedunt.«

[4]) B. 1. Tit. 4. §. 9. Not. 5—21.

[1]) Ibid. Not. 9.

[2]) B. 1. Tit. 10. §. 2. Not. 6. Fr. Qui accusare. 8. D. h. t. in c. Prohibentur. 14. C. 2. Q. 1.

[3]) Fr. Si maritus. 15. §. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): »Lex . . accusare prohibet, ut minorem 25. annis.«

Eltern und Kinder werden nicht als Ankläger gegen einander zugelassen. Das erlittene Unrecht muß die Liebe der Kinder auch unbestraft verschmerzen können, und Kinder müssen sich zufrieden geben, wenn es ihnen durch eine Civilklage materiell wieder gut gemacht wird, ohne das Leben oder die Ehre der Eltern zu gefährden[4]). Eben so unnatürlich sind die Anklagen von Seiten der Eltern gegen ihre Kinder[5]). Auch Geschwister dürfen nicht wegen Kapitalverbrechen[6]), doch wohl wegen minder schwerer Delikte[7]) mit Anklagen gegen einander zugelassen werden. Wie von Kindern gegen die Eltern werden ferner die von Pfleglingen gegen den Hausherrn erhobenen Anklagen zurückgewiesen[8]). Den Hausgenossen, familiares, war eine Kapitalanklage gegen den Hausfreund, wie Sklaven gegen ihre Herren, unter Todesstrafe verboten[9]).

Wie als Zeugen, so sind als Ankläger wegen spezieller Abneigung verdächtig und unzulässig zunächst Feinde, inimici[10]), auch deren Freunde und Hausgenossen[11]), wegen allgemeiner aber gegen die Katholiken überhaupt Ungläubige und Irrgläubige, und gegen Geistliche insbesondere die Laien[12]).

Als durch ihre Sitten verdächtig sind die wegen eines Verbrechens vor einem öffentlichen Gerichte, judicium publicum, Verurtheilten, die als Calumnianten bezeichnet worden sind[13]), oder ein falsches Zeugniß abge-

[4]) Fr. Hi tamen. 11. §. 1. D. h. t. in c. Prohibentur. 14. pr. C. 2. Q. 1. C. Falsi quidem. 5. C. ad leg. Corn. de fals. (9. 22.)

[5]) Der Vater konnte, wenn seine Zucht erfolglos blieb, gegen seinen Sohn eine bestimmte Strafe gerichtlich nachsuchen. C. Si filius. 3. C. de patr. potest. (8. 47.), und die Mutter konnte wegen Nachstellungen nach dem Leben auf gesetzliche Bestrafung antragen. C. Propter insidias. 14. C. de his, qui accus. non poss. (9. 1.): ». . . si pietas et ratio naturalis animi tui non revocat, intentionem constituere potes.«

[6]) C. Si magnum. 13. C. eod.

[7]) C. Si sororem. 18. C. eod.

[8]) C. Iniquum. 17. C. eod.

[9]) C. Si quis. 20. C. eod. bei Grat. 3. par. §. 3. C. Prius est. 4. C. 3. Q. 11.

[10]) C. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1. C. Accusatores. 2. C. Accusatoribus. 3. pr. C. Suspectos. 4. C. 3. Q. 5. C. Illi, qui. 4. C. 5. Q. 5. C. Meminimus. 13. X. h. t. (5. 1.)

[11]) C. Accusatoribus. 3. pr. C. 3. Q. 5. C. Repellantur. 7. X. h. t. C. Cum P. 10. X. eod. B. 1. Tit. 10. §. 4. Not. 1—8.

[12]) B. 1. Tit. 10. §. 4. Not. 11—15. — C. Nullus. 2. C. Laico. 3. C. Laicus. 5. C. Laici. 14. C. 2. Q. 7. C. Si omnia. 7. C. 6. Q. 1.

[13]) Fr. Is, qui. pr. Fr. Si cui crimen. 7. §. 3. D. h. t.

geben haben[14]) auch diejenigen, die wegen eines gleich schweren oder größern Verbrechens angeklagt sind, accusatus,[15]), oder sich eines Verbrechens schuldig gemacht haben, criminosi[16]), wenn sie auch noch nicht angeklagt, verurtheilt, oder faktisch ehrlos geworden sind, sondern vom Gegner überführt werden können[17]); ferner die faktisch oder rechtlich Ehrlosen, infames[18]). Die Exkommunicirten sind durch ihre Strafe und zugleich durch Ehrlosigkeit ausgeschlossen[19]).

Arme, das heißt hier diejenigen, welche weniger als 50 Goldgulden[20]), etwa fünfzig Dukaten, besitzen, jedoch selbstredend, wie beim Zeugnisse, sind nur in so fern unzulässig, als sie ihre Lage der Bestechung verdächtig macht[21]).

Wer in fremden Sachen zu gleicher Zeit zwei Beschuldigte in Anklagestand versetzt hat, macht sich schimpflicher Gewinnsucht verdächtig und wird, wie derjenige, der wegen einer Anklage, oder wegen Abstehens von einer Anklage Geld annahm, abgewiesen[22]).

Magistrate, Gewalthaber und zum Kriegsdienste Vereidete konnten ihrer Obliegenheiten wegen die Verpflichtungen eines Anklägers nicht übernehmen, durch welche sie von dem Gerichte und dessen Vorladungen abhängig geworden wären[23]). Für sie war also der Grund des Ver-

---

14) Fr. Alii. 9. D. eod.

15) C. Neganda. 19. C. de his, qui accus. (9. 1.) in c. Neganda. 2. C. 3. Q. 11. C. Non est credendum. 3. C. 3. Q. 1. C. Quod autem. 2. in f. C. 4. Q. 1. C. Non debet. 56. in f. X. de test. (2. 20.)

16) C. Constituimus. 9. C. Similiter. 10. C. 3. Q. 5. C. Qui crimen. 6. C. 6. Q. 1.

17) Gl. zu c. Qui crimen. 6. C. 6 Q. 1. v. Qui crimen. u. v. Si ipse ante

18) Fr. Is, qui. 4. D. h. t. Fr. Qui accusare. 8. D. eod. in c. Prohibentur. 14. pr. C. 2. Q. 1. C. Diffiminus. 1. §. 1. C. 4. Q. 1.

19) C. Diffiminus. 1. pr. C. 4. Q. 1. C. Exhibita. 19. X. de jud. (2. 1

20) Fr. Nonnulli. 10. D. h. t. in c. Prohibentur. 14. C. 2. Q. 1 »Nonnulli propter paupertatem, ut sunt, qui minus quinquaginta aureos habent.« C. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1: ». . . ut ne inopes patrimoniis sint.«

21) Gl. zu fr. Nonnulli. 10. D. h. t. v. aureos: »si tamen diligens sit et fidelis, admittitur, sicut ad tutelam.« Gl. zu c. Prohibentur. 14. C. 2. Q. 1. v. paupertatem: ». . . dum tamen ratione paupertatis sit suspectus.«

22) Fr. Qui accusare. 8. in f. D. h. t. in c. Prohibentur. 14. C. 2. Q. 1. Gl. v. quaestum: »id est quaestus suspicionem.« Fr. Hos accusare. 12. § 2. D. eod.

23) Fr. Qui accusare. 8. D. h. t. in c. Prohibentur. 14. C. 2. Q. 1 ». . . prohibentur accusare . . . alii propter sacramentum, quia stipendium merent, alii propter magistratum potestatemve, in qua agentes sine fraude

botes die Berufspflicht und es hörte mit dieser auf[24]). Es könnte auch ein anderer Grund gedacht werden, und er wird wirklich angenommen, daß nämlich der Beschuldigte nicht durch den überwiegenden Einfluß des Anklägers in Nachtheil komme[25]). Der eigentliche Grund wäre also der Verdacht eines Mißbrauchs der Amtsgewalt. Allein ein solcher wäre eben sowohl von hochstehenden Kriegsleuten, als von Magistraten zu befürchten; und doch ist jenen die Anklage in eigenen Sachen nicht untersagt[26]), wohl aber diesen[27]). Es könnte ferner der Verdacht des unrechtlichen Einflusses auch gegen Beamte geltend gemacht werden, die nicht mehr Magistrate im Sinne des römischen Rechtes wären[28]), wie die Beamten der späteren Zeit es nicht mehr sind.

Frauenzimmer sind vom Postuliren für Andere[29]) und damit schon von allen Anklagen ausgeschlossen, die nicht ihr eigenes Recht betreffen[30]).

Diese alle, die nicht absolut von der Anklage ausgeschlossen sind, können ein ihnen selbst zugefügtes Unrecht oder den Tod eines nahen Verwandten accusatorisch verfolgen[31]).

---

in jus evocari non possunt.« Fr. Mulierem. 13. D. eod: »... Milites quoque, qui causas alienas deferre non possunt.«

24) Fr. Si maritus. 15. pr. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): »... putat Pomponius debere dici, quoad maritus magistratum gerit, patris quoque accusationem impediendum.«

25) Cicero meldet pro Cluent. c. 34. §. 94. von der Anklage des Volkstribuns Sulla: »... in Fausto tamen illi judices statuerunt, iniquà conditione reum causam dicere, quum adversario ejus ad jus accusationis summa vis potestatis accederet.«

26) C. Non prohibentur. 8. C. de his, qui accus. (9. 1.)

27) Fr. Si maritus. 15. pr. D. ad leg. Jul. de adult. Not. 24.

28) Einen solchen machte Papst Nikolaus dem Kaiser Michael gegenüber in c. Contra ritum. 3. C. 4. Q. 4 geltend. Er sagte: »Contra ritum ecclesiasticum contraque venerandas leges producitur accusator de imperialibus aedibus et cui imperari potest.«

29) B. 1. Tit. 4. §. 5. Not. 10.

30) Fr. Non est permissum. 1. D. h. t.: »Non est permissum mulieri, publico judicio quemquam reum facere, nisi parentum ... mortem exequatur.« Fr. Certis ex causis. 2. D. h. t. Fr. Qui accusare. 8. D. eod. in c. Prohibentur. 14. C. 2. Q. 1. Fr. Accusatorum. 1. §. 10. D. ad SC. Turpill. (48. 16.). C. De crimine. 12. C. de his, qui accus. (9. 1.) in c. De crimine. 1. C. 15. Q. 1. C. Uxor. 4. C. Senatus consulto. 5. C. Non ignorat. 9. C. eod. C. Etsi. 19. C. ad leg. Corn. de fals. (9. 22.)

31) Fr. Hi tamen. 11. pr. D. h. t. in c. Prohibentur. 14 C. 2. Q. 1: »Hi tamen omnes, si suam injuriam exequantur mortemve propinquorum defendant, ab accusatione non excluduntur.«

ehrfurchtsvolle Ermahnung[8]). Auch der h. Augustinus hatte nach den Kanones gelehrt, daß gegen Bischöfe nicht durchweg und so ohne Unterschied, passim, Anklagen erhoben werden sollten, doch zugleich beigefügt, daß hierdurch verbrecherische Ankläger, criminosi, beschränkt seien[9]). Daher hat Gratian sowohl[10]), als später die Glosse[11]) die Isidorische Lehre auf Verbrecher und Ehrlose beschränkt. Im kanonischen Rechte können also Laien und Untergebene gegen Kleriker und Bischöfe, oder Ordensleute gegen ihre Vorsteher[12]), nicht in ähnlicher Weise, wie die Kinder gegen ihre Eltern, behandelt werden. Ob sie aber als verdächtig abgewiesen werden können, ist eine davon verschiedene Frage.

Wie für die Kriegsleute besteht für Kleriker, die sich als Kämpfer Christi nicht in weltliche Händel verwickeln sollen[13]), ein gleichartiges Verbot[14]); insbesondere aber dürfen sie keine Anklage erheben, die eine Verurtheilung zum Tode nach sich führen kann, weil sie dadurch irregulär würden[15]). Den Ordensleuten ist ebenfalls jede Anklage untersagt[16]).

8) C. Accusatio quoque. 15. §. 4. ibid: »... Apostoli statuerunt, ne facile ... accusarentur columnae sanctae Dei ecclesiae ... Sed si quis adversus eos ... causas habuerit, prius ad eos recurrat charitatis studio ... Si autem aliqui eos, priusquam hoc egerint, ... accusare ... praesumpserint, excommunicentur.« C. Si quis ergo. 16. ibid. C. Si quis episcopus. 2. X. h. t. C. Cum dilectus. 20.

9) C. Praesumunt. 22. C. 2. Q. 7: »Praesumunt praelati, non debere se reprehendi vel accusari, pro eo, quod canones non eos passim constituunt accusandos. Quod tamen negatur solis criminosis.«

10) Grat. 3. par. §. 1. ibid: »... distinctio illa canonum de criminosis et infamibus intelligitur.«

11) Gl. c. Omnes. 2. C. 6. Q. 1. v. a minoribus: »Honestate morum, id est, criminosis, ne sit contra 2. q. 7. praesumunt.«

12) C. Ex parte. 11. X. h. t.

13) II. Tim. 2., 3. 4. C. Reprehensibile. 19. C. 23. Q 8.

14) C. Sicut sacerdotes. 6. C. 2. Q. 7. C. Clericus. 10. C. Majorum. 11. ibid.

15) C. Clericus. 5. X. de cler. vel mon. (3. 50.)

16) C. Placuit. 53. C. 2. Q. 7. Die Stelle kommt auch capitul. lib. 7. cap. 322. vor, allein in Beziehung auf Alle, die gegen Bischöfe Anklagen anbringen. Gratian hat es und mit ihm die Glosse, von Ordensleuten verstanden. C. Nullus. 54. ibid.

Vierter Titel.

Accusationsverfahren. — Einleitende Handlungen.

1. Die ganze Anklageverhandlung kann füglich in ein einleitendes und ein Hauptverfahren abgetheilt werden. Das Hauptverfahren beginnt mit der eigentlichen gerichtlichen Anklage, accusatio, das heißt, mit dem mündlichen Vortrage der Beschuldigung vor Gericht[1]), worauf das Beweisverfahren nebst der Vertheidigung folgt, und schließt mit dem Urtheile; das einleitende Verfahren schließt mit der Versetzung in den Anklagestand, reatus. Auch das kanonische Recht achtet streng auf beide Theile. Es fordert zu einer Verurtheilung nicht bloß einen nach gerichtlicher Ordnung geführten Beweis[2]), crimen ordine judicario comprobatum, sondern auch eine nach gesetzlicher Vorschrift eingeführte Anklage, accusatio canonice instituta[3]), und denkt dabei, wie sich ergeben wird, die im römischen Rechte vorgezeichneten Förmlichkeiten.

2. Die einleitenden gerichtlichen Handlungen werden durch verschiedene Schriftstücke, libelli, eröffnet, die nach Inhalt und Zweck von einander sehr verschieden, doch oft mit einander verwechselt worden sind. Es werden deren drei genannt: eine Anklageschrift, libellus accusationis, accusatorius, eine Inscriptionsschrift, libellus inscriptionis, und eine Subscriptionsschrift, libellus subscriptionis, deren Eigenheiten und gegenseitiges Verhältniß hier näher anzugeben sind. Hierbei ist im Auge zu halten, daß sie auf Versetzung in den Anklagestand abzielen und sich auf den Antrag um Verfügung desselben, reum deferre, beziehen.

Das erste dieser Stücke ist die Anklageschrift, libellus accusatorius[1]). Papinian bezeichnet sie, wo er die Anklage wegen Ehebruches bespricht, als eine schriftliche Anzeige der Klage, querelam deferre, bei dem

---

[1]) Tit. 1. §. 4.

[2]) C. Forte. 11. §. 1 in f. C. 23. Q. 4. S. August. c. a. 415: ». . . ecclesiastica regula, si apud te accusatur, si veris documentis, testibusque convincitur, coerce, corripe, excommunica, degrada.« C. Si quis episcopus. 5 C. 2. Q. 7.

[3]) C. Dilectus. 30. X. de simon. (5. 3.): ». . . si adversus eos . . . accusatio coram te fuerit canonice instituta, postquam crimen ordine fuerit judiciario comprobatum . . . canonicae severitatis exerceas ultionem.« C. In primis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1. C. Nullum. 10. C. Judicantem. 11. C. 30. Q. 5.

[1]) Fr. Miles. 11. §. 3. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

Magistrate, die auch an Ferientagen und außer dem Gerichtssitze, de plano, abgegeben werden kann [2]). Als querela hat sie nach Form und Inhalt Aehnlichkeit mit der Klageschrift [3]); eine Verschiedenheit veranlaßt zunächst nur ihr Zweck. Bei der Klage ist dieser die Erwirkung einer gerichtlichen Untersuchung, hier kann er Versetzung in den Anklagestand, mithin der Haupttheil der Schrift der Vortrag der Bitte um Verfügung desselben, oder doch um Zulassung zu dem gerichtlichen Antrage darauf, reum deferre, delatio, oder um Bestrafung sein. Die Accusationsschrift ist hiernach der schriftliche Vortrag gegen einen Beschuldigten wegen eines Verbrechens mit der Bitte um Zulassung des Antrages auf Versetzung in den Anklagestand, oder auch um Zulassung der Anklage oder um Bestrafung. Ihre gerichtliche Bedeutung im Prozesse kann sich erst im Verlaufe der Besprechung ergeben.

Von einem Inscriptions-Libell sagt Paulus [4]):

»Libellorum inscriptionis conceptio talis est: Consul et dies: apud illum Praetorem vel Proconsulem Lucius Titius professus est, se Maeviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat, eam cum Gajo Sejo in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis, adulterium commississe.«

Dem Inhalte nach ist dieses eine Delationsschrift, der Form nach ein gerichtlich abgefaßtes Protokoll. In Beziehung auf den Inhalt wird noch beigefügt: »utique enim et locus designandus est, in quo adulterium commissum est, et persona, cum qua admissum dicitur, et mensis; hoc enim lege Julia publicorum cavetur, et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt,« ferner in Beziehung auf die Form: »subscribere debet is, qui dat libellos, se professum esse, vel alius pro eo, si literas nesciat.« Die Schrift könnte hiernach auch Professionsschrift, und in so fern zu ihrer Form eine zuverlässige Unterschrift erforderlich ist, Subscriptionsschrift heißen. Von dieser ist aber die eigentliche Subscriptionsschrift ganz verschieden.

---

[2]) Fr. Miles. 11. §. 6. D. eod: »Sexaginta dies . . . feriatis quoque diebus . . . numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest . . . non prohibetur . . . querelam suam apud judicem deferre.« B. 3. T. 1. §. 1. Not. 4. 5.

[3]) B. 2. Tit. 2. §. 2.

[4]) Fr. Libellorum. 3. pr. D. h. t. bei Grat. 2. par. §. 2. C. Per scripta. 5. C. 2. Q. 8.

Von einem Unterschreiben meldet Ulpian[5]) Folgendes:

»Si cui crimen objiciatur, praecedere debet in crimen subscriptio, quae res ad id inventa est, ne facile quis prosiliat ad accusationem, cum sciat inultam sibi accusationem non futuram.« Er setzt Folgendes bei:

»Caveant itaque singuli, quod crimen objiciant, et perseveraturos se in crimine usque ad sententiam.«

Die Gewährleistung dafür, daß wirklich eine Accusation würde vorgenommen und bis zu Ende durchgeführt werden, gehörte also mit zu der »in crimen subscriptio«, mithin steht hier crimen in seiner ursprünglichen Bedeutung von Anklageverfahren[6]), und die Subscription kann als die schriftlich eingegangene Verpflichtung zu der Accusation und ihrer Durchführung aufgefaßt werden, wie sie der h. Gregorius ansah, wo er schrieb: »Omnis igitur, qui crimen objicit, scribat se probaturum«[7]).

Diese schriftliche Erklärung war ganz geeignet, dem Ankläger die Mühen und Beschwernisse des Vorhabens zu vergegenwärtigen, und hatte um so mehr Abschreckendes an sich, da sie ihn in die Nothwendigkeit versetzte, unter Strafe der Desertion die Anklage durchzuführen[8]). Doch nicht das allein ist das Abschreckende der Subscription; sondern sie hielt ihm auch vor, daß die Anklage eine Bestrafung nach sich ziehen könnte.

---

5) Fr. Si cui crimen. 7. pr. u. §. 1. D. h. t. Er erwähnt sie auch hinsichtlich der außerordentlichen accusatorischen Verfolgung von Privat-Delikten. Fr. Si quis actionem. 3. D. de priv. delict. (47. 1.): »Si quis actionem, quae ex maleficio oritur, velit exequi, si quidem pecuniariter agere velit, ad jus ordinarium remittendus erit, nec cogendus, in crimen subscribere; enim vero, si extra ordinem ejus rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit.« Eben so in Betreff des Diebstahls fr. Meminisse. 92. D. de furt. (47. 2.): »Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere.« -- Fr. Athales. 24. D. de leg. Corn. de fals. (48. 10.) erwähnt Scävola bei Besprechung einer Anklage wegen eines Falsii die professio und die subscriptio so: ». . . apud Magistratum . . . professus est probaturum, quemadmodum falsum sit factum testamentum, et cum in crimen falsi subscripsisset.«

6) T. 1. §. 4. Not 5.

7) C. Paulum. 6. §. 1. C. 2. Q. 8. Der Satz ist in c. Qui crimen. 4. C. 2. Q. 8. von Ps.-Js. wiederholt.

8) C. Si is. 3. C. si reus v. accus. mort. fuer. (9. 6.): »Si is, quem . . criminis postulasti reum, vita functus est, frustra ob poenam desertae accusationis conveniris.«

Diese besteht aber in der Verhängung der Strafe der Calumnie, daher in der Talionsstrafe, so, daß sich der Ankläger selbst der nämlichen Strafe, die den Angeklagten treffen soll, schriftlich unterworfen erklärt [9]).

Zu der Subscription gehört aber ferner noch die Gewährleistung, cautio, für die Accusation und ihre Durchführung. Sie kann auch hier, wie in andern Fällen, eine verbale, durch ein mündliches Versprechen, cautio mere promissoria, oder auch caut. juratoria, und eine reale sein durch Stellung eines Bürgen, fidejussio, satisdatio, oder eines Unterpfandes, pignus [10]). Der Bürge macht sich zur Zahlung einer bestimmten Summe anheischig [11]).

3. Durantis gibt die Formel für die Anklageschrift [1]) so an:

»Coram etc. propono contra P. quod ipse hoc anno, mense tali, commisit adulterium cum Berta uxore Titii in tali civitate, in domo tali et in tali camera ipsius domus, super quo eum coram vobis accuso; quare peto eum secundum legem de adulteriis poena capitali puniri: et ego Lucius etc. (ut supra de accusatione §. 1. vers. ult.).«

9) C. Criminis. 15. C. de his, qui acc. n. p. (9. 1.): »Criminis accusationem instituere cum periculo calumniae.« C. Accusationis. 17. C. h. t.: ». . . Quisquis ille est, qui crimen intendit, in judicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inscriptionis arripiat, custudiae similitudinem, habita tamen dignitatis aestimatione, patiatur; nec impunitam fore noverit licentiam mentiendi, cum calumniantes ad vindictam poscat similitudo supplicii.« Die Stelle steht wörtlich in c. Quisquis. 3. pr. C. 2. Q. 8. — C. Nullus. 2. C. de exh. et transm. reis. (9. 3.): ». . . non prius insimulanti, id est, accusanti accommodetur adsensus, quam solemni lege se vinxerit et in poenam reciproci stylo trepidante recaverit.« — C. Paulum. 6. §. 1. C. 2. Q. 3. S. Greg.: ». . . et qui non probaverit, quod objecit, poenam, quam intulerit, ipse patiatur.« — C. Qui non. 3. ibid. C. Tuae fraternitatis. 5. X. de procur. (1. 38.): ». . . si vir accuset uxorem . . . inscriptionis vinculum debet arripere seque ad poenam talionis adstringere.« C. Licet. 14. in f. X. h. t.: ». . . Quin vero . . . citra vinculum inscriptionis desistere voluerunt.«

10) C. Qui crimen. 3. C. de his, qui acc. n. p. (9. 1.): ». . . non admittantur, nisi prius inscriptionum pagina praecesserit et fidejussor de exercenda lite adhibitus fuerit.« C. Is domum. 1. C. ad. SC. Turpil. (9. 45.): ». . . causa criminis ordinata, id est, inscriptionibus depositis et fidejussore de exercenda lite praestito.«

11) C. Si pro eo. 2. C. eod. (9. 45.): ». . . non ultra quantitatem, quam spospondisti, obligatus es, eo, qui destitit . . . puniendo.«

1) Durand. lib. 4. part. 4. de adult. n. 1. Die nämliche steht ibid. de accusatione. §. 2; — de calumniator. n. 1; — de simon. n. 1; — de homicid. n. 1. — nur mit den Aenderungen, die der Gegenstand nothwendig machte.

An der angeführten Stelle nun heißt es [2]):

»Forma inscriptionis: Ego Lucius profiteor, me hunc libellum dedisse anno Domini M 270, mensis Maji intrantis die 9. et praefatam accusationem me legitime persecuturum et probaturum promitto, et ad hoc me specialiter obligo, poenam calumniae, seu talionis me subiturum, si hanc accusationem calumniose instituero, vel si in probatione defecero praedictorum.«

Die erste Schrift ist hiernach die Anklageschrift mit der Beschuldigung des Verbrechens und dem Antrage auf gesetzliche Bestrafung, die zweite aber heißt Inscription und enthält das schriftliche Bekenntniß den Strafantrag gestellt zu haben, professio, außerdem das Versprechen, die Untersuchung durchzuführen, und sodann die Erklärung der Uebernahme der Talionsstrafe im Falle des Unterliegens.

Früher [3]) hatte Durantis auch noch die Nothwendigkeit einer Gewährleistung für die Durchführung gelehrt und bemerkt:

»Post hoc accusator securitatem de lite prosequenda praestat, quae hoc modo scribitur: »Forma: Anno mense, die, etc. H. promisit mihi notario infra scripto super tali crimine talis curiae stipulanti, prosequi talem accusationem super tali crimine contra F. per eum institutam, sub poena centum librarum Tur. Et si fidejussorem dederit, injungens insuper: et ipsius precibus et mandato B. de eis extitit sub eadem poena fidejussor, ad hoc obligans bona sua.«

4. Die Vergleichung der von Durantis angegebenen Schriftstücke mit den in den Pandekten bezeichneten ergibt eine Uebereinstimmung in den wesentlichen Theilen und nur unwesentliche Abweichungen. Der Inhalt der Inscriptionsschrift ist so getheilt, daß der Antrag auf gesetzliche Bestrafung aus dem gerichtlichen Protokolle in das Accusationslibell aufgenommen ist und nicht auf Delation, sondern direkt auf Accusation lautet, die gerichtliche professio hingegen ist für sich allein, doch einfach und durch bloße Hinweisung auf das Accusationslibell abgegeben, wie bei der Litiscontestation später auch bloß auf den Inhalt des Klagelibells Bezug genommen worden ist [1]). Mit der professio ist dann der ganze Inhalt

---

[2]) Lib. 4. part. 4. de accusat. §. 1. n. 2 wird zu der Angabe über den Inhalt des libelli accusationis beigefügt: »Ultimo accusator subscribit in libello per se vel per alium, si nescit scribere, in hoc modo,« wo dann die Formel folgt.

[3]) Lib. 3. part. 1. de accus. §. 1. n. 17.

[1]) B. 2. Tit. 1. §. 6. Not. 16.

der Subscription verbunden, und diese beiden so zusammengestellten Theile werden Inscription genannt. Sie enthält zwar ebenfalls schon die spezielle Erklärung der Verpflichtung zur Durchführung der Anklage, doch ist zur Cautionsleistung noch ein besonderer Akt aufgenommen, der als eine Ergänzung anzusehen ist. So wird das zusammengesetzte Schriftstück in den Quellen öfter bezeichnet[2]); es heißt auch inscriptiones[3]) und subscriptio[4]). Hieraus ergibt sich denn, daß beide Stücke schon früher mit einander verbunden worden sind.

5. Diesemnach sind beim Accusations-Verfahren zwei Schriftstücke nothwendig: die Accusationsschrift und die Inscription des angegebenen Inhaltes. Sie sind mit wenigen Ausnahmen[1]) unerläßliche Bedingungen des Beginnes und der Fortführung der Verhandlungen, so nämlich, daß diese ohne sie nicht einmal ihren Anfang nehmen, sondern dieser erst durch sie möglich wird[2]), und die rechtliche Wirkung ihrer Uebergabe

---

[2]) C. Accusationis. 17. C. h. t. §. 2. Not. 9. C. Quamvis. 30. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.): »... nec inscriptionis vinculo contineri.« C. Quisquis. 1. C. ut intr. cert. temp. crim. (9. 44.): »Quisquis accusator reum in judicium sub inscriptione detulerit.« C. Nullus. 2. §. 1. C. 4. Q. 4: »Nam inscriptio primo semper fiat, ut talionem calumniator recipiat, quia ante inscriptionem nemo debet judicari vel damnari, cum et saeculi leges haec eadem retineant.«

[3]) C. Qui crimen. 3. C. de his, qui ac. n. p. (9. 1.) u. C. Is demum. 1. C. ad SC. Turp. (9. 45.) oben §. 2. Not. 10. — C. Si crimen. 10. C. de his, qui acc. n. p.: »... solemnibus te inscriptionibus adstringe.« C. Neganda. 10. C. eod: »... ipsi inscriptiones contra eos ... deponere possint.« C. In causis. 16. C. h. t.: »... dignum est, ut inscriptiones praeponantur, quae magnitudinem criminis tempusque designent, ut alterutram partem digna legum terrere possit auctoritas.«

[4]) C. Si pro eo. 2. C. ad SC. Turp. (9. 45.): »... qui in crimen subscripsit.« C. Si cautiones. 2. C. de his, qui ac. n. p.: »... proprio nomine ... in crimine subscribere.« C. De crimine. 14. C. eod: »... non exacta subscriptione.« C. Si quis. 13. C. h. t.: »... non prius ... quam se vinculo subscriptionis adstrinxerit.«

[1]) Frauenzimmer brauchen sie nicht auszustellen. C. De crimine. 12. C. de his, qui accus. (9. 1.) in c. De crimine. 1. C. 15. Q. 1. Der Viehraub, abigeatus, kann auch ohne Inscription verfolgt werden. C. un. C. de abigeis. (9. 37.). Grat. §. 3. zu c. Nullus. 2 C. 4. Q. 4. Er ist kein crimen publici judicii. Fr. Abigeatus. 2. D eod. (47. 14.)

[2]) C. Qui crimen. 3. C. de his, qui acc. n. p. (9. 1.) §. 2. Not. 10. — C. Si crimen. 10. C. eod. §. 4. Not. 8: »... adstringe, ut praesidem provinciae habere judicem possis.« C. Nullus. 2. C. de exh. et transm. reis. (9. 3.) §. 2. Not. 9. — C. Non prius. 7. C. de calumn. (9. 46.): »Non prius

beschränkt sich auf das Verhältniß des Anklägers. Sie setzt ihn in die Lage, daß er zu eigentlich gerichtlichen Handlungen zugelassen, und daß die ihm gesetzlich anberaumte Anklagefrist unterbrochen wird. Letztere Folge hat indessen auch schon die bloße Uebergabe der Anklageschrift [3]), mit welcher die Inscription nicht nothwendig verbunden sein muß. Dem Beschuldigten gegenüber haben beide Stücke keine weitere rechtliche Folgen und sie lassen noch die Frage nach der Zulässigkeit des Anklägers offen.

6. In der Anklageschrift nach Durantis ist der Inhalt der Inscription als Anklage aufgenommen, da er nach Paulus auf Delation abgefaßt ist [1]), woraus jedoch nicht gefolgert werden darf, daß letztere ausgefallen und in dem alten Verfahren hier eine wesentliche Aenderung eingetreten wäre. Denn Zweck und Ergebniß der Delation ist die Versetzung des Beschuldigten in Anklagestand, und damit Beginn und Anordnung des Anklageverfahrens, und Beides kann nicht ohne vorgängige Prüfung der thatsächlichen Verhältnisse vor sich gehen, wie wiederum diese Prüfung selbst die Untersuchung und Beschlußfassung über die Zulassung als Ankläger voraussetzt [2]).

Bei dieser Untersuchung nun hat einerseits der Richter darauf zu achten, daß Niemand, der gesetzlich ausgeschlossen ist, zugelassen, oder, wer ein näheres oder ein gleiches Recht hat, Andern nachgesetzt wird [3]), wenn diese auch ihm mit der Anklage zuvorkommen [4]), und andererseits bleibt es dem Beschuldigten unbenommen, alle Gründe, die er zur Abwehr des aufgetretenen Anklägers gesetzlich vorbringen kann, geltend zu machen.

---

quenquam Serenitas tua ad tuae sedis examen jubebit adduci, quam solemnibus satisfecerit, qui nititur fidem doloris adserere.«

[3]) Fr. Miles. 11. §. 6. D. ad leg. Jul. de abult. (48. 5.)

[1]) §. 2. Not. 4.

[2]) Fr. Ex lege. 2. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): ». . . quotiens alii . . . ad accusandum prosiliunt, . . . is, cujus de ea re notio est, de justo accusatore constituat.« Fr. Si maritus. 4. §. 1. D. eod: »Extraneis autem . . . accusandi facultas . . . conceditur.« Fr. Is, cujus ope. 14 §. 2. D. eod: »Marito primum . . . accusare permittitur.« C. Qui crimen 8. C. de his, qui accus. u. p. (9. 1.): ». . . non admittantur.« §. 2. Not 10 — Tit. 2.

[3]) Fr. Si maritus. 15. pr. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): ». . . puta: Pomponius, . . . patris quoque accusationem impediendum, ne praeripiatur marito jus, quod cum eo aequale habet.«

[4]) Fr. Ex lege. 2. §. 8. D. eod: ». . . etsi pater praevenerit et libellos inscriptionum deposuerit, marito . . . accusationem parante et probationibus instituente.«

Haben zwei oder mehre zugleich auf Delation angetragen[5]), so wird die Auswahl und Bestellung Eines[6]) von ihnen Gegenstand einer eigenen Untersuchung, cognitio, die technisch divinatio genannt wird[7]). Die Wahl wird nach der größern Befähigung, nach dem Ernste und dem Eifer, wovon sich eine unparteische und gerechte Durchführung erwarten läßt[8]), und nach andern persönlichen Eigenschaften[9]), auf den Grund einer kontradiktorischen Verhandlung der Ankläger[10]) und des Beschuldigten[11]) entschieden.

7. Steht die Zulassung eines Anklägers fest, so können die Verhandlungen der Delation beginnen; vor deren Schlusse, oder der wirklichen Delation aber muß die Inscription, wenn sie nicht schon vollzogen worden ist, vorgenommen werden. Ueber das Handeln Seitens des deferirenden Anklägers besagt das Inscriptionslibell: »professus est, se Maeviam ream deferre.« Das profiteri ist hier in seiner nächsten Bedeutung als ein Kundgeben vor Andern, mithin als ein Erklären vor Gericht gebraucht. Inhalt der Erkärung ist: se ream deferre, wo reus

---

[5]) Cic. in Q. Caecil. divinat. c. 15. §. 49: »Jam hoc considerate, cujusmodi accusatores in tanto judicio simus habituri . . . non video, nisi quem forte . . . qui subscriptionem sibi postularunt, cuicunque vos delationem dedissetis.«

[6]) Tit. 2. §. 2. Not. 3. u. fr. Si maritus. 15. pr. D. ad leg. Jul. de adult. Not. 3.

[7]) Gell. II. c. 4: »Quum de constituendo accusatore quaeritur judiciumque super ea re redditur, cuinam potissimum ex duobus pluribusve accusatio subscriptione in reum permittatur, ea res atque judicum cognitio divinatio appellatur.« Not. 5. Cic. in Q. Caecilium divinatio.

[8]) Fr. Ex lege. 2. §. 8. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): ». . . nam et propensiore ira, et majore dolore executurum eum accusationem credendum est.«

[9]) Cic. sagt von sich in Q. Caecil. divin. c. 1. §. 1: ». . . si mei consilii causam rationemque cognoverit . . . in hac causa profecto neminem praeponendum esse mihi actorem putabit,« und erörtert dann, aus welchen Gründen er, und nicht ein Anderer zu bestellen sei. In fr. Nisi igitur. 3. D. ad leg. Jul. de adult. ist dem Vater gestattet, Verdachtsgründe gegen den Ehemann vorzubringen, um ihm vorgezogen zu werden.

[10]) Fr. Si plures. 16. D. h. t.: ». . . judex debet eligere eum, qui accuset, . . . aestimatis accusatorum personis vel de dignitate, vel ex eo, quod interest, vel aetate, vel moribus, vel alia justa causa.« Cic. loc. cit. c. 3. §. 10.

[11]) Cic. sagt l. c. c. 7. §. 22. von Verres: ». . . Ecquis unquam tam palam . . . contendit, quam ille atque ejus amici, ut ne haec mihi delatio detur?« §. 23: ». . . ut et ab hoc potius, quam ab illo accusetur, id peto,« sagt ein Freund des Verres.

in seiner engern Bedeutung den eines Deliktes Beschuldigten bezeichnet, mithin reum deferre heißt, Einen als eines Deliktes schuldig gerichtlich zur Anzeige bringen. Dieser technische Ausdruck schließt indessen noch mehr ein, da die Anzeige von einem gerichtlich zugelassenen Ankläger ausgeht, daher die Absicht und den Antrag auf ein gerichtliches Verfahren gegen den Beschuldigten ausdrückt, woher denn delator auch die Bedeutung von gerichtlichen Anklägern erhielt. So ist damit der förmliche Antrag auf ein strafrechtliches Verfahren gegen den Beschuldigten gestellt. Daher sagt Paulus von dem Inscriptionslibell [1]: »Quod si libelli inscriptionum legitime ordinati non fuerint, rei nomen aboletur: et ex integro repetendi reum potestas fiet,« was nur von der Erneuerung des Antrages, oder des Gesuches, mit Einschluß des ganzen Delations-Verfahrens aufgefaßt werden kann. Das »reum deferre« ist hiernach gleichbedeutend mit »reum postulare«, das ebenfalls üblich ist [2]), und eben so »postulatio« mit »delatio« [3]). Die Handlung des Anklägers besteht also in dem Vortrage des Inhaltes der Anklageschrift, oder in der Hinweisung darauf mit dem bezeichneten Antrage [4]). Und diesen muß er so begründen, daß die richterliche Beschlußfassung gerechtfertigt wird, wozu es aber nicht der eigentlichen Beweisführung bedarf, sondern Verdachtsgründe, die den Beschuldigten als den Urheber ansehen lassen, und die Angabe der Beweismittel hinreichen, die er zu erbringen im Stande ist [5]).

Je nach dem Ergebnisse dieser summarischen Verhandlung beschließt

---

[1]) Fr. Libellorum. 3. §. 1. D. h. t.

[2]) Fr. Hos accusare. 12. §. 3. D. h. t.: »Si servus reus postulabitur.« Fr. Quinquennium. 31. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.): »... quid, si is, qui intra quinquennium quem postulaverat, non peregerit?« Fr. Mariti. 29. 7. Fr. Si adulterium. 38. §. 10. Fr. Vim passam. 39. §§. 2. 6. 8. D. eod. C. Etsi. 2. C. si reus v. accus. mort. fu. (4. 6.): »... qui crimine falsi postulabatur.« C. Si is. 3. C. eod.

[3]) Cic. ad famil. VIII. epist. 6. §. 1: »Illud mihi occurrit, quod inter postulationem et nominis delationem uxor a Dolabella discesserit.« Sueton. Nero Claud. c. 7: »... celeberrimis patronis ... maximas plurimasque postulationes certatim ingerentibus.«

[4]) Fr. Vim passam. 39. §. 2. D. ad leg. Jul. de adult.: »... vir jure adulterum inter reos recipi postulat.« Cic. Rot. 3. Id. in Q. Cael. c. 20. §. 64: »... Nuper quum in P. Gabinium ... L. Piso delationem nominis postularet.«

[5]) Fr. Senatus. 3. D. de edend. (2 13.). Fr. Famosi. 3. §. 3. D. ad leg. Jul. maj. (48. 4.). Cic. pro Rosc. Amer. c. 23. §. 66: »... quum neque servus quisquam reperiretur ... ad quem ea suspicio pertineret ... nomina filiorum de parricidio delata sunt.«

der Richter die Zulassung der Anklage und damit die Versetzung in den Anklagestand, reatus[6]). Und so ist der Beschuldigte ein reus im engsten und eigentlichen Sinne, und er wird als ein solcher, gerichtlich erklärter Beschuldigter, in die Gerichtsakten eingeschrieben[7]), das heißt, sein Name wird eingetragen, woher auch der Antrag »nominis delatio« genannt wird.

8. Die prozessualistischen Wirkungen des mit der Delation eingetretenen Reatus sind, daß der Anklageprozeß gesetzmäßig angeordnet, causa criminis ordinata[1]), mithin auch kanonisch eingeleitet ist, canonice instituta[2]), daß er begonnen hat, accusatio coepta[3]), und gerichtlich anhängig ist, accusatio pendens[4]). Die einmal anhängige Anklage aber muß vermöge der Inscription durchgeführt werden, wenn nicht eine gesetzmäßige Aufhebung durch den Richter[5]) erfolgt ist, und der Ankläger, der sie ohne amtliche Abolition aufgibt, macht nicht nur seinen Bürgen verantwortlich, sondern wird auch noch speziell nach dem Turpillianischen Senatus-Consulte bestraft[6]).

---

[6]) Fr. Is, qui. 11. D. ad leg. Jul. maj. (48. 4.): »Is, qui in reatu decedit, integri status decedit.« Fr. Si diutino. 25. pr. D. de poen. (48. 19.): »Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit.«

[7]) Cicero sagt pro Cluent. c. 31. §. 86: »Haerebat in tabulis publicis reus et accusator;« — von Verres act. II. lib. 2. c. 38. §. 94: ». . . pronuntiat, si quis absentem Stenium rei capitalis reum facere vellet, sese nomen ejus recepturum,« und von dessen Fälschung der Gerichtsakten sagt er c. 42. §. 104: ». . . Cedo, quaeso, codicem, circumfer, ostende. Videtisne totum hoc nomen, coram ubi fecit delatum, esse in litura?« — Fr. Hos accusare. 12. §. 1. D h. t.: ». . . in reos recepti.« Fr. Senatus. 14. D. eod: ». . . ne quis pluribus legibus reus fieret.« Fr. Si servus. 2. §. 2. D. de cust. reor. (48. 3.): ». . . rei non recipiuntur.« Fr. Si maritus. 15. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult.: ». . . Ne quis inter reos referat eum, qui . . . aberit, neque enim aequum visum est, absentem . . . inter reos referri.«

[1]) C. Is demum. 1. C. ad SC. Turpil. (9. 45.): »Is demum in senatusconsultum incidisse videtur, qui crimen publici judicii detulit et causa criminis ordinata.«

[2]) C. Dilectus. 30. X. de simon. (5. 3.)

[3]) C. Quisquis. 1. C. ut intra cert. temp. (9. 44.): »Quisquis accusator reum in judicium sub inscriptione detulerit, si intra statutum tempus accusationem coeptam persequi supersederit.«

[4]) C. Defunctis reis. 5. C. si reus vel accus. (9. 6.): »Defunctis reis, publicorum criminum . . . pendente accusatione . . . bona non denegari.« C. Criminales. 3. C. ut intra cert. temp. (9. 44.): ». . . post biennii excessum minime ulterius lite durante, accusatum absolvi.«

[5]) Fr. Accusatorum. 1. §. 10. D. ad SC. Turpil. (48. 16.)

[6]) Fr. Accusatorum. 1. §. 7. D. eod. bei Grat. 5. par. C. Si quem. 8. C. 2. Q. 3. C. Si accusatoribus. 4. C. h. t.

Für den Beschuldigten sind die Folgen des Reatus, daß er, je nach der Schwere des Deliktes oder je nach seinen Verhältnissen und persönlichen Eigenschaften, entweder in Verwahrsam, in carcerem, gebracht, oder einem Soldaten, oder dem Richter selbst, oder einem Bürgen zur Bewachung übergeben wird, libera custodia [7]; ferner, daß er zu keinen Aemtern gelangen [8], nicht Prokurator [9] sein kann, nicht als Ankläger [10], oder als Zeuge zugelassen wird, und daß für ihn die gleiche Berechtigung mit dem Ankläger aufhört [11].

Mit dem eben Bemerkten stehen auch die drei folgenden prozessualistischen Bestimmungen in enger Verbindung. Der Beschuldigte kann nämlich zur Abwehr des Reatus alle ihm zu Gebote stehende dilatorischen Einreden vorbringen und gegen den Ankläger selbst eine Gegenanklage, reaccusatio, recriminatio, retorsio [12], erheben; Beides aber muß in der Delations-Verhandlung und vor ihrem Schlusse geschehen, wie im Civil-Prozesse vor der Litiscontestation. Denn da mit dem Reatus das Accusationsverfahren geordnet ist und seinen Anfang genommen hat, mithin der Gegenstand desselben festgestellt ist; so kann eine neue Einrede es nicht weiter aufhalten oder Gegenstand der Verhandlungen werden [13]. Eben so kann auch die Gegenanklage nicht mit der begonnenen Anklage verbunden werden, und dazu kommt noch, daß der Reus, so lange er sich nicht als schuldlos erwiesen, oder, wie es bezeichnet wird, sich nicht gerei-

---

[7]) Fr. De custodia. 1. D. de cust. et exh. reor. (48. 3.). C. Is demum. 1. C. ad SC. Turp. (9. 45.). Die Mitverschworenen Catilina's wurden Bürgen überwiesen.

[8]) Fr. Reus delatus. 7. pr. D. de muner. (50. 4.): »Reus delatus etiam ante sententiam honores petere . . . prohibetur.« Fr. Lucius. 21. §. 5. D. ad municipal. (50. 1.). C. Reos. 1. C. de reis postul. (10. 58.). C. Accusatum. 4. C. Quotiens. 5. X. de simon. (5. 3.)

[9]) C. Reum. 6. C. de procur. (2. 13.)

[10]) Fr. Si quis reus. 5. pr. D. de publ. jud. (48. 1.): » . . . reus . . . purgare se debet, nec ante potest accusare, quam fuerit excusatus.« C. Qui crimen. 6. pr. C. 6. Q. 1. aus c. Neganda. 12. C. Th. de accus. (9. 1.)

[11]) C. Nullus. 2. in f. C. de exh. reis. (9. 3.): » . . . tamdiu pari cum accusatore fortuna retineri, donec repererit cognitio celebrata discrimen.«

[12]) B. 1. Tit. 6. §. 9. Fr. Qui cum major. 14. §. 6. D. de bon. libert. (38. 2.): » . . . si ab eo petitus, retorsit in eum crimen.« Fr. Si quis. 5. §. 4. D. de SC. Silan. (29. 5.)

[13]) Fr. Si maritus. 15. §. 7. D. ad leg. Jul. de adult.: »Praescriptiones . . . ante solent tractari, quam quis inter reos recipiatur: Ceterum postquam semel receptus est, non potest praescriptionem objicere.«

nigt hat, nicht als Ankläger zugelassen werden kann [14]). Ist das diesem vorgeworfene Delikt ein schwereres, als das des Beschuldigten, so wird jenes zuerst untersucht, wenn auch der erste Ankläger die Inscription früher eingebracht hat, und je nach dem Ergebnisse der förmlichen Untersuchung kann der Richter ermessen, ob er dem Ankläger die Fortführung seiner Anklage gegen den Beschuldigten gestatten kann [15]), oder nicht. Die Freisprechung hebt das eingewendete Hinderniß auf, die Verurtheilung entzieht das Anklagerecht. Ist hingegen das von dem Beschuldigten vorgebrachte Delikt ein gleich großes, oder ein geringeres, so ist die gesetzliche Nothwendigkeit, dieses zuerst zu untersuchen, nicht gegeben; mithin können die beiden Anklagen neben einander, wie Klage und Widerklage, verhandelt werden [16]).

9. Hierhin gehört auch die Frage, worin die Litiscontestation bei Accusationen bestehe. Ihrer geschieht wiederholt Erwähnung, doch ohne bestimmte Angabe ihrer Form. Nach Allem, was von ihr gemeldet wird, kann sie nur in die eigentliche Delation, delatio nominis, am Schlusse des Delationsverfahrens mit Einschluß der Versetzung in den Anklagestand, inter reos receptio, gesetzt werden, so, daß sie nur diese Handlung ist, auf welche die Benennung des ähnlichen Verfahrens beim Civilprozeß übertragen wurde. Sie folgt erst nach der Inscription [1]), welche auch die Delation voraussetzt [2]), und sie ist der Anfang des Prozesses, so, daß ohne sie das eigentliche Anklageverfahren, daher um so weniger das Beweisverfahren begonnen werden kann [3]), und daß von ihr ab die

---

[14]) Not. 10. Fr. Ex lege. 2: §. 4. D. eod: ». . . si maritum velit reus adulterii lenocinii reum facere, semel delatus non audietur.« §. 7. ibid.

[15]) C. Prius. 1. C. de his, qui accus. (9. 1.) in c. Prius. 4. C. 3. Q. 11: »Prius est, ut criminibus, quae tibi ut graviora ab adversario tuo objiciuntur, caedis atque vulnerum, respondeas: et tunc ex eventu causae judex aestimabit, an tibi permittendum sit, eundem accusare, tametsi prior inscriptionem deposuisti.«

[16]) C. Neganda. 19. C. eod. bezieht sich auf accusati und steht hier nicht entgegen.

[1]) Fr. In senatusconsultum. 15. §. 5. D. ad SC. Turp. (48. 16.) »Qui post inscriptionem ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint.«

[2]) §. 7. C. Ubi falsi. 22. C. Ad leg. Corn. de fals. (9. 22.): ». . . cujus exordium nascetur auspicio contestatae accusationis.«

[3]) C. In nostra. 4. X. de procur. (1. 38.): ». . . lite non contestata et juris ordine praetermisso testes contra eum recipere praesumpserunt.«

Gerichtsanhängigkeit der Anklage gerechnet wird [4]). Bei der Civillitiscontestation gehen die dilatorischen Einreden und die Anmeldung der Gegenklage vorauf, und bei der Accusatio der Delation [5]).

10. Bei jeder dieser Handlungen muß der Beschuldigte anwesend sein, und von seiner Anwesenheit hängt ihre Gültigkeit ab [1]). Er muß daher auch dazu vorgeladen werden, wofern er nicht schon gelegentlich einer Verhandlung gerichtlich Kenntniß von der Zeit einer darauf folgenden bekommen hat. Der Richter nämlich beraumt für jede eine bestimmte Frist oder einen Termin, für die einleitenden Handlungen, wie für die des Hauptverfahrens, an [2]). Die Folgen seines Nichterscheinens sind in der Lehre über das Contumacial-Verfahren nachzuweisen.

Zu den ersten einleitenden Handlungen muß aber der Beschuldigte nicht bloß vorgeladen, sondern auch schriftlich, wie bei den Klagen, von den Beschuldigungen genau in Kenntniß gesetzt [3]), ihm daher die Anklageschrift abschriftlich mitgetheilt werden. Eben so wird die Anwesenheit des

[4]) C. Criminales. 3. C. ut intra cert. temp. (9. 44.): »Criminales causas omnimodo intra duos annos a contestatione litis connumerandos finiri censemus.« Fr. Ex judiciorum. 20. D. h. t.: »Ex judiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus haeredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta.«

[5]) Hiervon sagt Durand. lib. 3. part. 1. de accusatione §. 1. n. 22: »Post haec autem accusatus dilatorias exceptiones objiciat, si quas habet, ante litis contestationem.«

[1]) Cic. in Verr. act. II. lib. 2. c. 38. §. 94. Oben §. 7. Not. 18. Er hob als besondere Beschuldigung ibid. c. 40. §. 99. hervor: »Si Sthenius praesens reus esset factus . . . quem absentem reum fecerat, eum absente accusatore condemnat.« — C. Omnia. 4. C. 3. Q. 9: »Omnia, quae adversus absentes in omni negotio aut loco aguntur, aut judicantur, omnino evacuantur.« C. Chartae. 19. ibid.: ». . . adversario absente gesta . . . leges non recipiunt.« C. Si primates. 4. C. 5. Q. 2. C. Absentem. 6. C. h. t.: ». . . cum absentem . . . cui nunquam ullum crimen denuntiatum esset . . . . praefectum praetorio adire cura, qui quidquid reformabit.« Fr. Si maritus. 15. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

[2]) Fr. Cum Titia. 18. D. h. t.: »Cum Titia testamentum Gaji fratris sui falsum arguere minaretur, et solemnia accusationis non implevit intra tempus a praeside praefinitum.« C. Si ea. 7. C. de his, qui accus. (9. 1.): »...certa perferendae accusationis tempora judex competens praestat.«

[3]) C. Absentem. 6. C. h. t. Not. 1. Paul. V. 16. §. 14: »Reis suis edere crimina accusatores cogendi sunt: scire enim oportet, quibus sunt criminibus responsuri.« C. Si primates. 4. C. 5. Q. 1: »Si primates accusatores episcoporum cum eis pacificare familialiter minime potuerint, . . . eos ad synodum . . . convocent, et non prius, quam eis per scripta significent, quid eis opponitur, ut ad responsionem praeparati adveniant.«

Anklägers bei den besprochenen Handlungen, wie bei den folgenden, vorausgesetzt. Ist er nicht zugegen, so unterbleiben sie selbstredend. Nur die höchsten Staatsbeamten und Militärpersonen, illustres, ihre Frauen und Kinder dürfen sich wegen Ehrenkränkungen, Injurien, durch einen Prokurator vertreten lassen, müssen aber die Inscriptionen persönlich vornehmen [4]).

11. Bei Beantwortung der Frage nach der Unerläßlichkeit des Schriftgebrauches bei der Accusation ist die eigentliche Klageschrift, libellus accusatorius, von der Inscription in der angegebenen Bedeutung wohl zu unterscheiden. Die Verwechselung dieser Stücke konnte nur verwirren und das Urtheil unsicher machen.

Die Uebergabe einer schriftlich abgefaßten Anklage an den Richter muß allerdings als die Regel betrachtet, ihre Unerläßlichkeit kann aber nicht behauptet werden. Denn selbst die Uebergabe einer solchen Schrift wird nicht als eine gerichtliche Handlung angesehen, sie kann vielmehr beliebig außergerichtlich geschehen [1]), und nirgend wird eine gerichtliche Handlung von ihr abhängig gemacht. Sie erscheint vielmehr nur als eine einleitende Handlung zur Veranlassung der richterlichen Thätigkeit, wie etwa zur Anberaumung einer Frist für die Bestellung des Anklägers oder für die Delation und die Erfüllung der gerichtlichen Solemnitäten [2]), auch etwa zur Vorladung des Beschuldigten. Daß sie durch eine protokollarische Aufnahme der Beschwerde, querela, wie Papinian auch den Inhalt des Accusationslibelles nennt [3]), ersetzt werden kann, ist ausdrücklich erklärt [4]). Und das ist üblich [5]). Die Inscription hingegen, die

[4]) C. Si quando. 11. C. de injur. (9. 35.). Zeno. a. 478. §. In summa 10. J. eod. (4. 4.). Auf die c. Si quando. 11. cit. verweist Grat. par. 4. C. Absens. 18. C. 3. Q. 9; Tit. 2. §. 2. Not. 6. und hierauf verweist die Glosse zu c. Si quando. 40. C. 2. Q. 6. v. per exploratores: »Regulare est, quod per procuratorem non agitur de crimine; sed fallit de crimine injuriarum, ut 3. quaest. 9. §. nisi.«

[1]) §. 2. Not. 2.

[2]) Fr. Cum Titia. 18. D. h. t. §. 10. Not. 2.

[3]) §. 2. Not. 2.

[4]) C. Si quis se. 8. C. h. t.: »Si quis se injuriam ab aliquo passum putaverit, et querelam deferre voluerit, ... praesidialem adeat potestatem, aut libellos offerens, aut querelas suas apud acta deponens.«

[5]) Zu der c. Si quis se. 8. bemerkt die Glosse v. libellos: ». . . vel libellum, quando scit scribere: querelam, quando nescit;« ferner zu c. Accusationis. 17. C. eod. v. indicet: »in libello, vel querelam apud acta deponat.« In c. Si quis iratus. 5. C. 2. Q. 8. ist dieser Gebrauch als zulässig vorausgesetzt.

schriftlich vor Gericht abgegebene Professio und die eigentliche Subscriptio nämlich, ist im ordentlichen Verfahren unersetzlich und die unerläßliche Bedingung der Delation und der Versetzung in den Reatus, daher denn des ganzen folgenden Verfahrens. Hat auch das Verfahren mit einer Erklärung zu Protokoll und ohne Accusationslibell begonnen, so ist doch die Inscription nicht entbehrlich. Für deren Wegfall spricht keine Gesetzesstelle und keine praktische Auktorität. Auch in der angeführten Constitution ist das in dem Satze: »aut libellos offerens, aut querelas suas apud acta deponens« nicht ausgesagt. Darin ist der Ueberreichung der Schriftstücke, libelli, die protokollarische Erklärung gegenübergestellt, also der Inhalt des Protokolles als gleichartig mit dem der Schriftstücke gedacht, und beide sind von gleicher rechtlicher Bedeutung, nur ist die Form verschieden. Im ersten Theile des Satzes zeigt sich der als Regel gewordene Gebrauch, die Inscriptionsstücke schriftlich abgefaßt zu überreichen, im zweiten aber, statt dessen auch die zuläßige protokollarische Erklärung. Und das selbst war nichts Neues. Das von Paulus angegebene Inscriptionslibell[6]) war nichts Anderes, ob der Ankläger schreiben konnte oder nicht. Er selbst brauchte es bloß zu unterschreiben, oder ein Anderer für ihn, wenn er nicht schreiben konnte. Auch von der unerläßlichen Subscription ist mehr nicht, als ein Unterschreiben gefordert[7]). Wo nun accusatorische Schriftstücke als nothwendig erwähnt werden, sind nur diese Theile der Inscription, die Profession und die eigentliche Subscription, und nicht die Anklageschrift zu denken[8]). Andere Stellen, welche die schriftliche Annahme einer Anklage verbieten[9]), beziehen sich nur auf die eigentliche Anklagehandlung im Hauptverfahren, und gehören nicht hierhin.

---

[6]) §. 2. Not. 4.

[7]) §. 2. Not. 5.

[8]) Der h. Gregor zählt c. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1. zum ordentlichen Verfahren: »si eo praesente, qui accusatus est, sub jurejurando contra eum testimonium dictum est, si scriptis actum est;« daß er aber dabei die Anklageschrift, und nicht die Inscription, oder doch das Urtheil gemeint habe, wird Niemand zu behaupten wagen. C. Legum. 9. ibid. spricht Hinkmar zwar ebenfalls von »per scripturam accusari;« er hatte aber zugleich voraufgeschickt: »Qui etiam ab ecclesiastica societate quolibet excessu discinditur, libelli inscriptione aut recipitur, aut ejicitur. C. Si quis iratus. 5. C. 2. Q. 3.

[9]) C. Per scripta. 5. C. 2. Q. 8: »Per scripta nullius accusatio suscipiatur, sed propria voce.« C. Relatum est. 3. pr. C. 5. Q. 2: ». . . accusationes fratrum per scripta suscipere absque legitimo accusatore. Quod deinceps . . . fier. prohibemus.« §. 1: ». . . praesens per se . . . accuset, inscriptione videpraemissa.« C. Qui accusare. 8. C. 3. Q. 9.

12. Diese Inscriptionsschrift endlich ist so unerläßlich, daß das ganze Delationsverfahren aufgehoben wird, und ein neues wieder begonnen werden muß, wenn sie als nicht gesetzmäßig abgefaßt erfunden wird [1]). Da die Bekämpfung nur eine dilatorische Wirkung haben kann, so muß sie vor Eröffnung des Hauptverfahrens stattfinden.

13. Die Zeitbestimmung zum Beginne des Hauptverfahrens hängt zunächst von dem Accusator, auch vom Reus ab [1]), doch kann ebenfalls der Richter einen Termin dafür ansetzen [2]).

Fünfter Titel.

Hauptverfahren.

1. Nach dem Schlusse der gesetzlichen Einleitung des Prozesses wird sofort, oder in dem dazu anberaumten Termine zur Anklage und ihrer Ausführung geschritten.

Die Handlung der Anklage besteht in dem Vortrage des Anklägers vor Gericht. Sie geschieht mündlich, nicht schriftlich [1]), durch den Ankläger selbst, nicht durch einen Vertreter [2]), in Gegenwart des Reus, der abwesend nicht angeklagt [3]) und durch einen Andern vertreten [4]) werden kann. Befindet er sich in Haft, so wird er vorgeführt [5]). Der Inhalt

[1]) Fr. Libellorum. 3. §. 1. D. h. t. §. 7. Not. 1. Grat. par. 2. §. 2. C. Per scripta. 5. C. 2. Q. 8.

[1]) C. Criminales. 3. in f. C. ut intra cert. temp. (9. 44.)

[2]) Gl. zu c. Si ea. 7. C. de his, qui accus. (9. 1.) v. praestet: »... ut possit judex ad testes et alia facienda tempus statuere, et ultra non audiatur aliquis.«

[1]) Tit. 4. §. 11. Not. 9.

[2]) Tit. 2. §. 2. Not. 5. C. In criminalibus. 2. C. 5. Q. 3: »In criminalibus causis nec accusator, nisi per se, aliquem accusare potest, nec accusatus per aliam personam se defendere permittitur.« C. Tuae fraternitatis. 5. X. de procur. (1. 38.)

[3]) Ibid. §. 3. Not. 1. C. Absente adversario. 11. C. 3. Q. 9: »Absente adversario non audiatur accusator, nec sententia, absente alia parte a judice dicta, ullam obtineat firmitatem.«

[4]) Ibid. Not. 2. C. In criminalibus. 2. C. 5. Q. 3. Not. 2.

[5]) Fr. Si quis reum. 4. D. de custod. reor. (48. 3.). Gegen Andere erläßt der Richter den Vorführungsbefehl. C. Neminem. 3. C. de exhib. reis. (9. 3.). Cicero. T. 1. §. 4. Not. 1. 2.

des Vortrags ist der Inscription[6]), oder dem Accusationslibell, je nach dessen Abfassung, entnommen. Gratian bezeichnet die Anklage als Vorlesung der Anklageschrift[7]).

2. Nach dem Anklageakt kann der Angeklagte, ohne sich auf die Anklage selbst einzulassen, auch jetzt noch[1]) alle Einreden geltend machen, die ihm entweder die Constituirung des Prozesses oder andere, den Angriff vernichtende Umstände darbieten. Sind solche Einreden ohne Erfolg, oder nicht vorgebracht, so beginnen die eigentlichen Verhandlungen, actiones, der Anklage.

3. Der Angelpunkt dieser Verhandlungen ist die Beweisführung nach der gerichtlichen Ordnung[1]); und diese Ordnung besteht in der Vorlegung der Beweise durch den Ankläger und in der Beantwortung des Angeklagten[2]). Ohne diese Beantwortung, defensio, kann die ganze Verhandlung keine Gültigkeit haben. Wie bei der Civilklage folgen natürlich die Handlungen des Angeklagten jenen des Anklägers[3]). Beide sind persönliche; zur ausführlichern Entwickelung der Anklage und der Vertheidigung, auch zur Unterstützung bei der Beweisführung kann sich aber jeder Theil einen Patron, Advokaten, bestellen[4]).

4. Das Beweisverfahren ist das früher[1]) erörterte, und dabei gelten die über Beweisführung vorgetragenen[2]) Lehren. Insbesondere

---

[6]) T. 2. §§. 3. 4.

[7]) Grat. C. Per scripta. 5. C. 2. Q. 8: »... propria voce litteras suae accusationis legat.«

[1]) Fr. Unius. 18. §. 9. D. de quaest. (48. 18.): »... defensionem quocunque tempore, postulante reo, negari non oportet.«

[1]) C. Dilectus. 30. X. de simon. (5. 3.): »... postquam crimen ordine fuerit judiciario comprobatum.«

[2]) C. Absente eo. 3. in f. C. 3. Q. 3: »... praesente eo, quem accusare voluerit, suam quisque agat accusationem.« C. Nullius. 2. C. 4. Q. 4: »...accusatores et accusati aequa audiantur ratione, juxta quod gestorum ordo exigit.« C. Necesse est. 21. C. 3. Q. 9. C. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1.

[3]) C. Eorum. 76. C. 11. Q. 3: »... praesens per praesentem cognoscat veraciter, et intelligat, quae ei objiciuntur ... Antequam audieris, ne respondeas.«

[4]) Cic. pro Muren. c. 4. §. 10: »... in ea civitate consul designatus defensorem non haberet, in qua nemini unquam infimo majores nostri patronum deesse voluerunt.« C. Providendum. 7. C. de postulan. (2. 6.) in c. Infames. 2. §. 12. C. 3. Q. 7. Gl. v. ut. par: »... hodie utraque pars sibi debet providere.«

[1]) B. 2. Tit. 8.

[2]) B. 1. Tit. 7—17.

ist hier die gesetzliche Vorschrift[3]) im Auge zu halten: »Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.« Als solche glaubhafte Beweisstücke können bei diesem Verfahren amtliche Berichte, relationes, nicht benutzt werden[4]). Die künstlichen Beweise erfordern die strengste Prüfung und behutsamen Gebrauch[5]). Es ist ferner noch das bereits Erwähnte hervorzuheben, daß, wie der Kläger und der Verklagte, so hier der Ankläger seine Beweise und der Angeklagte seine Gegenbeweise selbst zu suchen und dem Richter vorzulegen hat. Dieser ist gegen ihre Vorlagen hier ebenfalls nur aufnehmend und prüfend, und wo er forschend und fragend handelt, geschieht es nur zur Gewinnung der eigenen Ueberzeugung und nur in Beziehung auf das, was von den Parteien erbracht ist, nicht forschend, um Neues zu gewinnen, sondern nur um das Dargebotene genauer zu kennen. Bloß beim Erbringen der Beweismittel wird er ihnen dadurch dienstleistend, daß er die Zeugen vorladet oder sonst zur Erwirkung der als erforderlich nachgewiesenen Vorlagen amtlich einschreitet.

5. Es ist daher namentlich Sache der Anklägers selbst, den Thatbestand des Deliktes, die ihn begleitenden Umstände, die dabei betheiligten Personen und die Beweise aufzusuchen und zu erforschen, inquirere[1]), die Zeugen vorläufig zu vernehmen, quaerere[2]), sie gerichtlich vorzuführen, producere, zu verhören und zu fragen, interrogare[3]), also den Zeugen-

---

[3]) C. Sciant. 25. C. de probat. (4. 19.) in c. Sciant. 2. C. 2. Q. 8.

[4]) C. Singuli. 14. C. h. t.: »Singuli universique judices cognoscant, in publicis criminibus non oportere ... uti ... relationibus a publicis personis destinandis credere, sed rei veritatem inquirere.«

[5]) B. 1. Tit. 16. §. 7. Not. 1.

[1]) Cic. in Verr. act. I. c. 2. §. 6: »Itaque quum ego diem in Sicilia inquirendi perexiguam postulavissem .... Ille Achaicus inquisitor, ne Brundusium quidem venit.« Act. II. lib. 1. c. 6. §. 16: »In Siciliam sum inquirendi causa profectus. Quo in negotio industriam meam celeritas reditionis, diligentiam multitudo literarum et testium declaravit ... Vim in inquirendo tantam habui, quantam mihi lex dabat.« Id. pro Flacc. c. 5. §. 13.

[2]) Cic. pro Muren. c. 21. §. 45: »Inquirere in competitores? testes quaerere?«

[3]) Cic. in Verr. act. I. c. 18. §. 55: »... ita testes constituam, ut crimen totum explicem; ubi id interrogando, argumentis atque oratione firmavero, tum testes ad crimen accommodem ... in singulas res dabuntur, ut illis quoque eadem interrogandi facultas, argumentandi dicendique sit.« — Act. II. lib. 1. c. 11: »Etenim si me ipsum egisse memoria tenetis, ut in testibus interrogandis om-

beweis zu führen. Eben so muß er alle andere Beweismittel liefern und für ihre Stärke einstehen[4]). Diese Erforschung des Sachverhältnisses und der Beweismittel ist die inquisitio[5]), das Vortragen und Geltendmachen vor Gericht gehört zur Beweisführung[6]). Und hierbei kann das artikulirte Beweisverfahren[7]) mit Nutzen eingehalten werden. In gleicher Weise bringt der Angeklagte alle Ausstellungen, die sich ihm gegen die Zeugen selbst und ihre Aussagen darbieten, vor, stellt bei ihrem Verhöre Fragen an sie, und bringt Alles zur Geltung, was jene Beweisführung entkräften und seine Straflosigkeit beweisen kann.

Zu den nothwendigen Vorbereitungen können beide Theile sich eine angemessene Frist erbitten[8]). Mit ihrer Bewilligung kann auch der Termin für die Beweisführung bestimmt werden.

---

nia crimina proponerem et explicarem, ut, quum rem totam in medio proposuissem, tum denique testem interrogarem.« Ibid. c. 37. §. 93: »... Malleolus productus est, et mater ejus atque avia, quae miserae flentes, eversum a te puerum patriis bonis esse dixerunt.«

[4]) Cic. in Verr. act. I. c. 2. §. 6: »... ego Siciliam totam quinquaginta diebus sic obii, ut omnium populorum privatorumque literas injuriasque cognoscerem ... Intelligit, me ita paratum atque instructum in judicium venire, ut non modo in auribus vestris, sed in oculis omnium sua furta atque flagitia defixurus sim.« Ibid. c. 11. §. 33: »... nunc hominem tabulis testibus, privatis publicisque literis auctoritatibusque accusamus.« Ibid. act. II. lib. 2. c. 42. §. 104. Oben Tit. 4. §. 7. Not. 7: »... esse in litura. Quid fuit istic antea scriptum? quod mendum ista litura correxit? Quid a nobis, judices, exspectatis argumenta hujus criminis? Nihil dicimus: tabulae sunt in medio, quae se corruptas atque interlitas esse clamant.« Ibid. c. 77. §. 189: »... tabulas in foro, summa hominum frequentia, exscribo ... literae lituraeque omnes assimulatae, expressae, de tabulis in libros transferuntur.«

[5]) Paul. III. §. 11: »In disponenda eorum quaestione ... hic ordo servatur: primum, ut constet occisum dominum, deinde ut liqueat, de quibus ea quaestio habenda sit, atque ita de reis inquirendum.« Id. V. c. 29. §. 2: »In reum majestatis inquiri prius convenit, quibus opibus, qua factione, quibus hoc auctoribus fecerit.« C. Quotiens. 3. C. de naufrag. (11. 5.)

[6]) Cic. Not. 4. Fr. Ex lege Julia. 2. §. 8. D. ad leg. Jul. de adult.: »... maritus praeferatur ... in tantum, ut ... marito ... accusationem parante et probationibus instituente atque muniente, ut facilius judicantibus de adulterio probetur.«

[7]) B. 2. Tit. 3. §. 5.

[8]) C. Induciae. 3. C. 3. Q. 3: »Induciae non modicae ad inquirendum dandae sunt, ne aliquid praepropere agi a quacunque parte videatur.« C. De induciis. 2. §. 1. ibid. Gl. ibid. v. quidam autem: »... hodie sunt arbitrariae.«

Der Beweisführung schließen sich die Vorträge der beiderseitigen Patrone an. Jene ist und war immer der wichtigere Theil[9]); diese bezwecken eine deutlichere Darstellung der Thatsachen und Umstände, der Gründe und Gegengründe, daß der Richter in den Stand gesetzt wird, nach dem Vorgetragenen ein richtiges Urtheil zu gewinnen[10]), und schließen nicht aus, was zur Gewinnung des Richters für den vertretenen Theil beitragen kann. — Für jeden Theil können auch Mehre zu Vorträgen zugelassen werden.

Beim schriftlichen Verfahren werden die Vorträge dem Gerichte schriftlich übergeben.

Den beiderseitigen Ausführungen folgt, wie im Civilverfahren[11]), der Aktenschluß, conclusio in causa.

6. Hatten das Verhör und das Beweisverfahren keinen vollständigen Beweis geliefert, doch dringenden Verdacht begründet, so konnte nach römischem Rechte wegen öffentlicher Delikte zur peinlichen Frage durch Schläge, Geißelungen und Foltern geschritten werden[1]). Davon waren nur angesehene und privilegirte Personen ausgenommen[2]). Wegen eines Majestätsverbrechens schützten den Angeklagten nicht Stand und Ansehen

---

[9]) Cic. pro Flacc. c. 10. §. 22: »... Ubi est ergo illa exspectatio, quae versari in judiciis solet? Nam antea, quum dixisset accusator acriter et vehementer, quumque defensor suppliciter demisseque respondisset, tertius ille erat exspectatus locus testium.« Es pflegten die Vorträge der Patrone vor dem Zeugenverhöre gehalten zu werden; doch war das nicht unerläßlich. Id. in Verr. act. I. c 18. §. 55. Not. 3. Die Wichtigkeit der Beweisführung zeigt Id. in Verr. act. II. lib. 1. c. 10. §. 27: »... Nonne aut in tabulis, aut in testibus omnis exspectatio judicum est?«

[10]) Cic. in Verr. act. II. lib. 1. c. 9. §. 25: »... Nam accusandi mihi tempus mea causa datum est, ut possem oratione mea crimina causamque explicare.« Id. pro Muren. c. 5. §. 11: »Intelligo, judices, tres totius accusationis partes fuisse, et earum unam in reprehensione vitae, alteram in contentione dignitatis, tertiam in criminibus ambitus esse versatam. Atque horum trium partium prima illa ...«

[11]) B. 2. Tit. 8. §§. 18. 19.

[1]) Fr. Unius. 18. §. 1. D. de quaest. (48. 18.): »Reus evidentioribus argumentis oppressus, repeti in quaestionem potest.« §. 2. In ea causa, in qua quis nullis reus argumentis urgebatur, tormenta non facile admittenda sunt.« Paul. V. 14. §. 1: »... non statim a tormentis incipiendum est .... Si suspicione aliqua reus urgeatur, adhibitis tormentis ... confiteri compellitur.« C. Milites. 8. §. 1. C. eod. (9. 41.)

[2]) C. Milites. 8. pr. C. eod. »Milites.« C. Divo Marco. 11. C. eod: »... eminentissimorum ... etiam perfectissimorum virorum usque ad pronepotes liberos.« C. Decuriones. 16. C. eod: »Decuriones.«

dagegen [3]). Im kanonischen Rechte trat die Purgation durch den Eid an die Stelle dieser Ergänzung, wie erst später gezeigt werden kann.

7. Das Urtheil muß immer in seinem Inhalte verurtheilend oder lossprechend sein [1]). Ist die Intention nicht bewiesen, so muß Freisprechung erkannt werden [2]). Aus bloßen Verdachtsgründen darf kein Straferkenntniß ergehen, da es besser ist, daß ein Schuldiger ungestraft bleibt, als daß ein Unschuldiger verurtheilt wird [3]). Mit der Lossprechung kann gleichzeitig auch die Calumnia ausgesprochen werden [4]).

Ist die Anklage erwiesen, so wird auf die vom Gesetze bestimmte Strafe erkannt. Daran kann der Richter nichts mildernd oder schärfend ändern [5]); bei den außerordentlichen Strafuntersuchungen jedoch konnte später der Richter die gesetzliche Strafe in vernünftigem Maße schärfen oder mildern [6]). Ist keine Strafe gesetzlich bestimmt, so wird eine nach Ermessen erkannt.

---

[3]) Fr. De minore. 10. §. 1. D. eod. C. Decuriones. 16. C. eod. C. Nullus. 4. C. ad leg. Jul. maj. (9. 8.). Paul. V. 29. §. 2.

[1]) B. 1. Tit. 18. §. 9.

[2]) C. Non in quenquam. 1. C. Judex. 2. C. Primates. 5. C. 2. Q. 1 C. Accusator. 2. C. 6. Q. 5. aus c. Actor. 23. C. de probat. (4. 19.). — Cic. in Verr. act. II. lib. 1. c. 29. §. 74: »... tanta in isto improbitas putabatur, ut de Philodamo amplius pronuntiaretur.« Dies lautet auf eine weitere Untersuchung — Cic. pro Cluent. c. 28. §. 76: »... Deinde homines sapientes, et ex vetere illa disciplina judiciorum, qui neque absolvere hominem nocentissimum possent, neque eum, de quo est orta suspicio, pecunia oppugnatum, re illa incognita, primo condemnare vellent, non liquere dixerunt. Nonnulli autem .... damnarunt Quinque omnino fuerunt, qui illum ... absolverent.« Mithin steht das »non liquet« in der Mitte. Cfr. fr. Accusatorum. 1. §§. 3. 4. D. ad SC. Turpil. (48. 16.). C. Qui non. 3. C. de calumn. (9. 46.)

[3]) Fr. Absentem. 5. pr. D. de poen. (48. 19.): »... nec de suspicionibus debere aliquem damnari.«

[4]) Fr. Accusatorum. 1. §§. 3. 4. D. ad SC. Turpil. (48. 16.), bei Grat. 5. par. §. 1. C. Si quem poenituerit. 8. C. 2. Q. 3. C. Calumnia. 1. C de calumn. (9. 46.)

[5]) Fr. Accusatorum. 1. §. 4. cit. D. eod: »... facti quidem quaestio in arbitrio est judicantis, poenae vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur.« Fr. Perspiciendum. 11. pr. D. de poen. (48. 19.) »Perspiciendum est judicanti, ne quid aut durius, aut remissius constituatur. quam causa deposcit: nec enim aut severitas, aut clementiae gloria affectanda est sed propenso judicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est.«

[6]) T. 1. §. 5. Not. 5. Fr. Hodie. 13. D. eod: »Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem: ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat.« C. Inpri-

8. Wie alle Haupthandlungen, so darf auch die Verurtheilung nicht in Abwesenheit des Angeklagten erkannt werden [1]). Und damit ist auch die Publikation des Urtheils in Gegenwart beider Theile vorgeschrieben; sie müssen wenigstens dazu vorgeladen werden.

Auf die Verkündigung folgt, wenn keine Berufung ergriffen oder zuläßig ist, die Vollstreckung [2]). Sie tritt bei freisprechenden Urtheilen sofort ein; bei verurtheilenden aber trifft der Richter die nach den Umständen erforderlichen Vorkehrungen.

9. Aus der Beschaffenheit der Straffachen und den bisher vorgetragenen gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich, daß beim accusatorischen Prozesse die gerichtlichen Handlungen nicht so, wie beim Civilverfahren, durch schriftliche Verhandlungen ersetzt werden können, sondern daß die vorzüglichsten wenigstens mündlich [1]) vor sich gehen und schriftlich in den Akten aufgenommen werden müssen. Zu diesen zählt aber Innocenz III. [2]) folgende: »citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renuntiationes, conclusiones.«

---

mis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1: »... Deinde causarum qualitas est examinanda, si digna exilio, vel depositione fuit.« Ibid. §. 4. — C. Canonum. 1. X. de constit. (1. 2.). C. De causis. 4. §. 1. X. de off. jud. deleg. (1. 29.): ». . . si tale fuerit negotium, quod certa exinde poena in canonibus exprimatur, eandem infligas: alioquin ipsas pro delicti qualitate et causae secundum tuum arbitrium punire procures.«

[1]) Fr. Absentem. 5. pr. D. de poen. Tit. 2. §. 3. Not. 1. C. Absente adversario. 11. C. 3 Q. 9. — §. 1. Not. 3. C. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1: ». . . si scriptis judicatum est, et partibus praesentibus sententia recitata.« §. 14: »Quod autem dicitur quia nihil scriptis judicatum est, legendus est titulus XLIV. libri VII. codicis, quia scriptis debuit judicari.« C. Caveant. 3. C. 3. Q. 9: »Caveant . . . ne absente eo, cujus causa ventilatur, sententiam proferant.«

[2]) C. Sicut. 3. C. 2. Q. 1.

[1]) B. 1. Tit. 5. §. 5.

[2]) C. Quoniam. 11. X. de probation. (2. 19.)

Sechster Titel.

Contumacial-Verfahren.

1. Da Niemand in seiner Abwesenheit in Anklagestand versetzt oder verurtheilt werden darf [1]), so wird eine besondere Behandlung der abwesenden Beschuldigten nothwendig. Diese Behandlung besteht in dem beim Civil-Prozesse üblichen Contumacial-Verfahren durch Ediktal-Citationen zur Feststellung des gerichtlichen Ungehorsams [2]), worauf denn das weitere Strafverfahren, jedoch mit Einhaltung gewisser Ermäßigungen, erfolgt.

Das Contumacial-Verfahren beginnt denn auch hier auf den Antrag des Anklägers, wie im Civil-Prozesse des Klägers, von Seiten des Gerichtes und von Amts wegen aber nur dann, wenn die Untersuchung von Amts wegen geführt wird.

2. Ist Contumacia erkannt, so hängt das fernere Verfahren von der Schwere der gesetzlichen Strafe, also von der Schwere des Deliktes ab. Gegen einen Abwesenden kann aber, auch wegen eines Kapital-Verbrechens, keine Kapital-Strafe [1]), doch können mildere Strafen bis zur Relegation verhängt werden [2]).

Die allgemeine Regel über gerichtliche Verfolgung der Abwesenden ist also dahin zu beschränken und aufzufassen, daß gegen sie nur dann

---

[1]) T. 2. §. 3. Not. 1. Tit. 4. §. 10. Not. 3. Tit. 5. §. 8. C. Accusatores. 1. §. 4. C. 3. Q. 8: »Absens nemo judicetur, nisi ex contumacia absens fuerit.« C. Absens. 13. C. 3. Q. 9.

[2]) B. 1. T. 19. §§. 8. 9. Ulpian sagt in fr. Absentem. 5. pr. D. de poenis. (18. 19.): ». . . Adversus contumaces vero, qui neque denunciationibus, neque edictis praesidum obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum judiciorum.«

[1]) Fr. Divi Severi. 1. § 1. D. de requir. reis. (48. 17.): »Si autem gravius quis puniatur, puta in opus metalli, vel similem poenam sive capitalem, hoc casu non est irroganda in absentem poena, sed absens requirendus adnotatus est, ut copiam sui praestet.«

[2]) Ueber die Bestrafung des Ungehorsamen sagt Ulpian in fr. Absentem. 5. pr. cit. D. de poen weiter: ». . . melius statuetur, in absentes pecuniarias quidem poenas, vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse, et usque ad relegationem procedi; verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallo vel capitis poenam, non esse absentibus irrogandam.«

gerichtlich vorgeschritten werden kann, wenn sie sich als gerichtlich ungehorsam erwiesen haben, und daß gegen sie auch alsdann eine Kapital-Strafe nicht verhängt werden darf [3]). Der Unterschied der Behandlung derjenigen, welche schwerer Delikte beschuldigt sind, und solcher, die eine mildere gesetzliche Strafe treffen kann, besteht darin, daß jene zugleich, um sie zum Erscheinen zu bestimmen, durch den Angriff auf das Vermögen bedroht werden, was denn folgendes besondere Verfahren veranlaßt.

3. In den Fällen eines Kapital-Verbrechens wird der Abwesende in den Gerichtsakten zum Aufsuchen, als Requirend, vermerkt, requirendus adnotatur [1]), und von diesem Beschlusse in den Ediktal-Citationen in Kenntniß gesetzt, zugleich wird den Behörden des Aufenthaltsortes schriftliche Mittheilung davon gemacht, daß er durch sie sein Verhältniß als Requirend kennen lernt [2]). Das Vermerken als Requirend geschieht, sobald der gerichtliche Antrag auf Versetzung in den Anklagestand, reus in judicio petitus, also die Postulation Statt gefunden hat [3]); und von diesem Zeitpunkte ab läuft ihm bei der feierlichen Accusation die Vertheidigungsfrist von einem Jahre [4]). Binnen dieser Frist werden seine Güter gerichtlich aufgenommen und mit Beschlag belegt [5]), die beweglichen, welche

---

[3]) Die einzige Ausnahme findet gegen diejenigen Statt, welche des Verbrechens der Entmannung beschuldigt sind. Fr. Lege Cornelia. 4. §. 2. D. ad leg. Corn. de sic. (48. 8.)

[1]) Fr. Divi Severi. 1. §. 1. cit. D. de reg. r. C. Cum absentem. 1. C. eod. (9. 40.): »Cum absenti reo gravia crimina intentantur, sententia festinari non solet, sed adnotari, ut requiratur, non utique ad poenam, sed ut potestas ei sit purgandi se, si potuerit.« C. Absentem. 6. C. de accusat. (9. 2.)

[2]) Fr. Divi Severi. 1. §. 2. D. eod: »Praesides autem provinciarum circa requirendos adnotatos hoc debent facere, ut eos, quos adnotaverint, edictis adesse jubeant, ut possit innotescere eis, qui adnotati sunt. Sed et literas ad magistratus, ubi consistunt, mittere, ut per eos possit innotescere, requirendos eos esse adnotatos.« Ein Beispiel B. 5. T. 2. §. 1. Not. 3.

[3]) C. Quicunque. 2. C. eod: »Quicunque ex eo die, quo reus fuerit in judicio petitus, intra anni spatium noluerit adesse judicio res ejus fisco vindicentur.« Diese spätere Bestimmung ist genauer als die in fr. Annus exinde. 4. pr. D. eod: »Annus exinde computandus est, ex quo ea adnotatio, quae vel edicto, vel literis ad magistratus factis publice innotuit.« Ein Beispiel in c. Adulteram. 13. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.)

[4]) Fr. Divi Severi. 1. §. 3. D. eod: »Et ex hoc annus computatur ad se purgandos.« C. Quicunque. 2. cit. C. eod.

[5]) Fr. Anni spatium. 2. pr. D. eod: »Anni spatium ad occupanda bona ejus, qui requirendus adnotatus est, pertinet.« Fr. Mandatis. 5. pr. D. eod: »Mandatis cavetur, intra annum requirendorum bona obsignari.«

sich nicht gut erhalten lassen, werden veräußert[6]). Stellt sich der Beschuldigte oder ein Defensor[7]) nicht während der Jahresfrist, so wird nach ihrem Ablaufe sein Vermögen confiscirt[8]). Später erhält er es, auch wenn er seine Unschuld nachweist, nicht wieder zurück[9]). Erscheint der Requirend vor Ablauf dieser Zeit, so ist der Zweck der Beschlagnahme des Vermögens erreicht und der Grund der Confiscation gehoben, die daher nicht erkannt werden kann, wenn nicht noch ein anderer gesetzlicher Grund obwaltet[10]). Vor seinem Erscheinen aber, oder vor Ablauf der Jahresfrist wird der eigentliche Strafprozeß nicht vorgenommen. Ist er anwesend, so wird die Verhandlung geführt und der Spruch gefällt, also die Strafe verhängt, als wenn er nicht abwesend gewesen wäre; stellt er sich nicht, so kann nicht bloß die Confiscation erfolgen, sondern auch in der Sache nach den vorliegenden Beweismitteln, wozu noch der durch die Flucht begründete Verdacht hinzu tritt, jedoch nicht, wie bemerkt, auf die Kapitalstrafe, erkannt werden. Zu den alsdann zulässigen Strafen gehört, wie Ulpian angibt, insbesondere auch eine Ehrenstrafe, und in Beziehung auf diese ist noch beizufügen, daß sie in der Ediktalladung, auch programma genannt[11]), ihm immer, wie der Vermögensverlust, angedroht wird[12]).

Da die Jahresfrist nur wegen des Vermögens der Requirenden anberaumt ist, so braucht sie gegen andere Beschuldigte nicht eingehalten zu werden, sondern gegen sie kann die Untersuchung beginnen und bis zum Straferkenntniß fortgeführt werden, sobald sie sich als ungehorsam erwiesen haben. Die Strafe kann aber immer, weil sie, wie voraus-ge-

---

[6]) Fr. Mandatis. 5. §. 1. D. eod.

[7]) Fr. Servum. 33. §. 2. D. de procur. (3. 3.)

[8]) Fr. Mandatis. 5. pr. D. eod: ». . . si neque responderint, neque, qui se defendant, habuerint, tunc post annum bona in fiscum coguntur.« C. Quicunque. 2. cit. C. eod.

[9]) C. Quicunque 2. C. eod: ». . . Sed si argumentis evidentibus et probatione dilucida innocentiam suam purgaverit, nihilominus facultates ejus penes fiscum renaneant.«

[10]) Fr. Divi Severi. 1. §. 4. D. eod: ». . . si provinciae praesidem intra annum adierit, et satis obtulerit, non esse locum mandatis, ut bona fisco vindicentur.« C. Cum absenti. 1. C. eod.

[11]) C. Programma. 6. C. Comminationes, epist. (7. 57.)

[12]) C. In pecuniariis. 3. C. eod: ». . . Criminalis vero programmatis tenor hanc tantam ferat de jure censuram, ut inter reos adnotati non tantum patrimonium debeat transferre, sed et famae existimationem laedere.« Im ersten Satze steht: »edictum contra latitantem,« wofür im zweiten »programma« gebraucht ist.

setzt, keine Kapitale ist, die gesetzliche sein. Da nun im kanonischen Rechte eine solche nur die Degradation ist, so können alle andere, welche gesetzlich das Delikt treffen, verhängt werden[13]).

4. In Beziehung auf die Bestrafung der abwesenden Requirenden sowohl, als anderer Ungehorsamer verdienen hier noch zwei Punkte eine besondere Erwähnung. Der eine betrifft die Vorladung Behufs der Ungehorsamserklärung. Weil es sich um die Bestrafung Anderer handelt, so muß es schon als Forderung der natürlichen Billigkeit angesehen werden, daß eine einmalige peremtorische Vorladung nicht, wie in den Fällen von Civil-Klagen, als hinreichend gelten kann. Dazu kommt, daß das Gesetz eine wiederholte Aufforderung voraussetzt, saepius admoniti[1]). Der andere Punkt betrifft den Gebrauch der Censuren in diesen Fällen. Die in dem ältern Rechte sowohl als Mittel, den Abwesenden zum Erscheinen zu vermögen, als auch zur Bestrafung häufige Anwendung der Exkommunikation hat das Concil von Trient auf den äußersten Fall beschränkt, daß die Vollstreckung der Strafe wegen eines schweren Deliktes nicht leicht Statt finden kann[2]).

5. Auf dieses Verfahren hat der Verdacht überhaupt und der durch die Abwesenheit begründete insbesondere einen großen Einfluß. Schon in seinem Beginnen fußt es auf Verdacht. Denn es kann nur in Folge der Postulation, oder des Antrages auf Versetzung in den Anklagestand seinen Anfang nehmen; dieser Antrag selbst aber fußt nicht schon auf einem Beweise der Urheberschaft des Deliktes, sondern auf Gründen der Verdächtigung. Diese Gründe kann der Verdächtigte bekämpfen und darum muß er zur Betheiligung an der Verhandlung vorgeladen werden. Leistet er auch der wiederholten Vorladung keine Folge, so kann nicht, wie im Civil-Prozesse um ein beliebig verfügbares Recht, ein Verzicht auf ein Recht angenommen, wohl aber eine strafbare Verletzung der richterlichen Auktorität geltend gemacht werden. Diese Strafbarkeit nun besteht nicht darin, daß eine besondere gesetzliche Strafe, die

---

13) C. Nomen presbyteri. 12. in f. C. 2. Q. 1: »... constitutum est, nullum clericum, qui nondum convictus est, suspendi a communione debere, nisi ad causam suam examinandam se non praesentaverit« C. Accusatores. 1. §. 4. C. 3. Q. 8: »Absens vero nemo judicetur, nisi ex contumacia absens fuerit, quia et divinae et humanae hoc prohibent leges.«

1) Ulpian in fr. Absentem. 5. pr. cit. D. eod.

2) Conc. Trid. sess. 25. cap. 3. de ref.: »... si dictae executioni facile locus esse non possit, licebit judici hoc spirituali gladio in delinquentes uti, si tamen delicti qualitas, praecedente saltem bina monitione, etiam per edictum, id postulat.«

es nicht gibt [1]), verhängt, oder auf eine Verurtheilung ohne den erforderlichen gesetzlichen Beweis gesprochen werden kann, sondern vielmehr darin, daß nunmehr die gerichtliche Verhandlung auch in der Abwesenheit und so vor sich gehen kann, als wäre er anwesend. Ein größerer Einfluß des Ungehorsames wäre ein ungerechter und in dem Gesetze findet er sich nicht gerechtfertigt. Das Nämliche würde gelten müssen, wenn der Ungehorsam bei der Verhandlung über die Versetzung in den Anklagestand, oder bei der wirklichen Accusation oder nach einer derselben einträte. Das Nichterscheinen bei jenem ersten Antrage ferner könnte mit Recht als ein neuer Verdächtigungsgrund aufgefaßt werden [2]), der unter besondern Umständen sogar ein sehr dringender würde, und alsdann noch mehr, wenn der Beschuldigte im Anklagestande, oder nach erfolgter Anklage, oder gar nach begonnenem Beweisverfahren verschwände. Der Ungehorsam hat also einen doppelten Einfluß auf das Verfahren: er berechtigt zu den gerichtlichen Handlungen ungeachtet der Abwesenheit des Beschuldigten, woher der Spruch, daß Ungehorsam die Anwesenheit vertritt [3]), und er begründet den Verdacht der Schuld. Beides zusammen ist aber keinesweges, wie es die Kanonisten zu bezeichnen pflegen, gleichbedeutend mit überführt oder geständig [4]). Würden nun für die Schuld

---

[1]) Wo, wie in c. De illicita. 6. pr. in f. u. §. 2. in f. C. 24. Q. 3. eine besondere oder eine geschärftere Strafe angedroht wird, ist nicht von dem gerichtlichen Ungehorsam, sondern von der contumacia im Verbotenen die Rede.

[2]) C. Decernimus. 10. C. 3. Q. 9: »... Nam manifestum est, confiteri eum de crimine, qui indulto et toties delegato judicio purgandi se occasione non utitur.« C. Christianis. 12. in f. C. 11. Q. 1.

[3]) Auth. Qua in provincia. C. Sciens. 3. C. ubi de crimin. (3. 15.): »... quia contumacia ejus praesentia est.« In Nov. 69. cap. 3. pr. ist dieses so ausgedrückt: »... qui per contumaciam deserit, in nullo minor praesente putabitur.«

[4]) Durantis behauptet lib. 3. part. 1. de accusatione. §. 6. n. 2: »intelligitur juris interpretatione confessus« und verweis't auf c. Rursus. 36. C. Quicunque. 37. C. 11. Q. 3. und c. Nullus. 4. X. de praesumpt. (2. 23.), wo sich der Satz nicht findet. Die beiden ersten Stellen bedrohen die Exkommunicirten mit dem Verluste ferneren Gehöres, wenn sie ein Jahr unter der Censur verharren, also insordesciren, die dritte aber lehrt den bekannten Satz, daß sich der Abwesende verdächtig macht. Es heißt dort zwar: »Confitetur ... quisquis se subterfugere judicium dilationibus putat;« das kann aber nach dem Inhalte mit der Ueberschrift und der Glosse nur von einer Vermuthung verstanden werden. Andere gehen noch weiter. Engel lehrt de accusat. §. 1. n. 19: »Respondeo, talem reum propter contumaciam haberi pro confesso et convicto criminis, cujus insimulatur, ita ut poena relegationis, infamiae, vel excommunicationis etiam absens mulctari possit.« Hier ist der erste Satz in der Allgemeinheit, in welcher er aufgestellt ist, unrichtig, und eben so ist es die davon

des Angegriffenen von dem Ankläger nur Verdachtsgründe erbracht, so würde der weitere, aus der Abwesenheit abgeleitete Verdacht nicht hinreichen, sie zu einem Beweise zu ergänzen. Es wären die Verdachtsgründe nur um einen vermehrt. In der nämlichen Stelle aber, in welcher Ulpian die Zulässigkeit der Verhängung milderer Strafen der Abwesenheit wegen lehrt, schickt er den Satz vorauf, daß Niemand wegen Verdachtsgründe, suspiciones. überhaupt verurtheilt werden darf[5]), ein Abwesender also um so weniger, da ja auch der Verdacht noch ein ungerechter sein kann. Ist nun vollständiger Beweis erbracht, so darf der Abwesenheit wegen nie auf eine Kapitalstrafe erkannt werden.

Bei diesem Contumacial-Verfahren kommt die Litiscontestation nicht, wie einige Kanonisten der Ansicht sind[6]), in Betracht. Denn es kann schon nach der Postulation und vor der Delation, mithin früher beginnen, als eine Litiscontestation vor sich geht, und in keiner einzigen Stelle wird des Einflusses dieser Handlung erwähnt[7]).

6. Der in Abwesenheit Verurtheilte wird, wenn er sich dem Gerichte stellt, oder wenn er ergriffen wird, später noch immer zu seiner Vertheidigung gehört[1]). Diese kann sich denn natürlich sowohl auf die Abwesenheit, als auf die Anklage beziehen, da in Betreff beider ein Unrecht oder ein Irrthum begangen worden sein konnte. Die Bestimmungen, daß, wer ein Jahr einer Censur unterworfen bleibt, ohne sich zu rechtfertigen, später nicht mehr gehört wird, stehen eben mit den Censuren im Zusammenhange[2]), wovon diese Schärfung eine Eigenheit ist, die andere Strafen nicht haben.

---

abgeleitete Folge. Die Bestrafung ist möglich, nicht wegen der Abwesenheit, sondern trotz ihrer, wenn genügender Beweis vorliegt, und die Strafe ist nur eine mildere eben der Abwesenheit wegen.

[5]) Eben so c. Primo. 13. C. 2. Q. 1: ». . . nullum suspicionis arbitrio judicetis.«

[6]) Durand. lib. 3. part. 1. de accus. §. 6. Pirrh. lib. 2. cap. 14. n. 38.

[7]) In c. Veritatis. 8. X. de dolo et cont. wurde der schwerer Delikte Angeklagte, accusatus, wegen Ungehorsams vom Officium und Beneficium suspendirt, hierauf nach erbrachtem Beweise durch Zeugen, »per quos quemlibet articulum criminum praedictorum constat fuisse probatum,« des Amtes entsetzt und ihm jede kirchliche Verrichtung für immer verboten. In c. Ex tuae. 11. X. de cler. non res. (3. 4.) wurde gegen die Contumaces Amtsverlust erkannt.

[1]) Fr. Annus exinde. 4. §. 2. D. de requ. reis.: »In summa sciendum est, nulla temporis praescriptione a causae defensione submoveri eum, qui requirendus adnotatus est.« C. Quicunque. 2. C. eod.

[2]) C. Quisquis. un. C. 4. Q. 5. C. Rursus. 36. C. Quicunque. 37. cit. C. 11. Q. 3.

7. Da die Einreichung und die Annahme der Anklageschrift zwar zu den einleitenden gerichtlichen Handlungen gehören, ihnen jedoch keine besondere rechtliche Wirkung beigelegt ist, und das eigentliche gerichtliche Verfahren erst mit dem Schlusse der Delation seinen Anfang genommen hat, so kann das Unterlassen des ferneren Betriebes der Anklage auch für den Ankläger, wie für den Beschuldigten, keine nachtheilige Folgen haben. Das Nächste und Einzige, wozu sich der Richter veranlaßt sehen könnte, wäre die Anberaumung eines Termines zur Delation, dessen Nichtbeachtung ihn zur Annahme des Verzichtes berechtigen würde[1]). Durch den Eintritt des Reatus ist aber das Verhältniß auch des Anklägers ein ganz anderes geworden. Erscheint er nun nicht zur Anklagehandlung; so kann schon aus dem Grunde kein freisprechendes Urtheil ergehen, weil nicht einmal feststeht, worüber es sollte erlassen werden[2]), andererseits kann auch gegen den Ankläger noch nicht als Calumnianten vorgegangen werden, weil er aus vernünftigen Gründen abwesend sein kann[3]), wohl aber kann der Beschuldigte auf Niederschlagung des begonnenen Prozesses, abolitio, antragen, deren Bewilligung für ihn die Folge hat, daß der nämliche Ankläger in dieser Sache nicht wieder gegen ihn auftreten darf, wohl aber ein Anderer binnen dreißig Tagen[4]). Wird in dem Falle der Abwesenheit nach der Anklage keine Abolition bewirkt, so wird der Ankläger, wenn es sich um eine öffentliche Anklage handelt, durch Edikt zum Erscheinen aufgefordert und, wenn er sich als ungehorsam

---

1) Hierauf bezieht sich c. Si ea. 7. C. qui accus. non poss. (9. 1.): »... tempora judex competens praestet, intra quae si agere supersederit, renuntiasse causae intelligitur.« Die Stelle bezieht sich zwar auf eine Anklägerin, doch nur, weil der vorgetragene Fall durch eine solche veranlaßt war, und nicht, als wenn das Geschlecht hierin einen Unterschied begründete. Daher zieht auch die Glosse hieraus die allgemeine Regel v. praestet: »... ut possit judex ad testes et ad alia facienda tempus statuere, et ultra non audiatur aliquis.«

2) C. Si accusatoribus. 5. C. h. t.: »... ex una postulatione aditus praeses provinciae non causa cognita sententiam dixit, qua eum, ... liberandum existimavit, criminatione etiam nunc perseverante ...« Ein solcher Spruch kann die Anklage nicht aufheben und den Beschuldigten gegen die Fortsetzung so wenig, als gegen eine neue Verfolgung sichern.

3) Fr. Inter accusatorem. 10. D. de publ. jud. (48. 1.): »Inter accusatorem et reum cognitione suscepta excusatio pro absente justis rationibus admittitur.«

4) Fr. Libellorum. 3. §. 4. D. h. t. Fr. Hi tamen. 11. §. 2. D. h. t. Fr. Mulier. 4. Fr. Aut privatim. 10. pr. D. ad SC. Turp. (58. 16)

erweist, als Prävarikator mit Geld bestraft [5]). Ihn kann indessen auch noch eine strengere Strafe, an Ehre und Vermögen nämlich, treffen [6]).

Siebenter Titel.

Erlöschung der Instanz. Niederschlagung der Anklage, abolitio Erlöschung der Anklagen.

1. Das Erlöschen der Instanz, das Niederschlagen der Anklage, abolitio, und das Erlöschen der Anklagen sind von einander sehr verschieden, doch können sie hier nicht getrennt und in der angegebenen Folge besprochen werden, weil sich die abolitio nicht auf das Niederschlagen der Anklage beschränkt. Diese ist daher zuerst ihrer rechtlichen Bedeutung nach zu besprechen.

Nach den Rechtsquellen gibt es eine dreifache Abolition: eine private, abol. privata, eine gesetzliche, ab. ex lege, und eine öffentliche, ab. publica [1]).

Die Privat=Abolition geht zunächst von dem Ankläger aus, actore postulante. Die einmal anhängige Anklage kann aber nicht ohne richterliche Prüfung und Genehmigung aufgehoben, niedergeschlagen oder aufgegeben werden [2]). Durch einseitiges Aufgeben setzt sich der Ankläger

---

[5]) C. Qui crimen. 3. C. qui accus. (9. 1.). Fr. Praevaricationis. 8. §. 3. D. de praevar. (47. 15.): »... per senatus consultum, quo poena quinque auri librorum in desistentem statuitur.«

[6]) Fr. Spurii. 6. §. 3 D. de decur. (50 2.): »... cum ex Turpilliano senatus consulto notentur ignominia veluti calumniae causa judicio publico damnati.« Fr. Absentem. 5. §. 1. D. de poenis. (48. 19.). C. Quisquis. 1. C. ut intra cert. temp. (9. 44.). C. Si pro eo. 2. C. ad SC. Turpil. (9 45). C. Quisquis un. C. 4. Q. 5.

[1]) Fr. Abolitio. 8. D. ad SC. Turpill. (48. 16.): »Abolitio aut publice fit ob diem insignem, aut publicam gratulationem.« Fr. Vel ob rem. 9. D. eod: »Vel ob rem prospere gestam.« Fr. Aut privatim. 10. pr. D eod: »Aut privatim, actore postulante. Tertio genere fit ex lege abolitio, accusatore mortuo vel ex justa causa impedito, quominus accusare possit.«

[2]) Fr. Accusatorum. 1. §. 10. D. eod: »... qualiscunque accusatio illata cognoscentis auctoritate, non accusantis voluntate aboleri debet.« Fr. Senatus. 15. pr. D. de jure fisc. (49. 14.)

der Strafe der Tergiversation aus [3]). Nicht bloß dieser Strafe wegen kann er die Abolition für sich allein nicht bewirken, sondern auch weil es das Interesse des Angeklagten erheischen kann, sie mitzubewirken, oder gar, auf Fortsetzung des Prozesses zu dringen [4]). Seinen Antrag muß der Ankläger durch einen vernünftigen Grund, justa causa [5]), rechtfertigen. Als zulässige Gründe werden Irrthum, Unüberlegtheit, Aufregung erwähnt [6]). Wird die Rechtfertigung anerkannt, so wird die Abolition bewilligt; ergibt die Prüfung aber eine Täuschung oder eine Bestechung durch den Angeklagten, so wird das Beweisverfahren durchgeführt und der schuldig Befundene zur gesetzlichen Strafe verurtheilt [7]). Der Ankläger macht sich der Prävarikation durch die Bestechung schuldig [8]). Nur bei eigenen erlittenen Rechtskränkungen oder bei Anklagen gegen Verwandte kann er unbeschränkt um Abolition bitten [9]). Von Anklagen, bei welchen der Richter den Ankläger zum Beweise und den Beschuldigten zur Begründung seiner Vertheidigung, als wegen Majestätsverbrechens, wegen Hochverrathes, wegen Pekulatus und wegen Desertion, zwingen kann, wird diese Abolition nicht bewilligt [10]).

Nach erwirkter Abolition kann der nämliche Ankläger seine Anklage nicht wieder anhängig machen [11]); Andere jedoch können es [12]), und

---

[3]) II. Th. 3. B. T. 13. §. 7.

[4]) Fr. Imperatores. 18. pr. et §. 1. D. eod: »Imperatores . . . rescripserunt, cum satis diu litem traxisse dicetur, invito adversario non posse eum abolitionem accipere.« §. 1: »Item rescripserunt, nisi evidenter probetur, consentire adversarium, abolitionem non dari.« C. Abolitio. 2. C. de abolit. (9. 42.): »Abolitio praesentibus partibus causa cognita non a principe, sed a competenti judice postulari debet.« C. Fallaciter. 3. C. exd.

[5]) Fr. Senatus. 15. pr. D. de jur. fisc. (49. 14.): » . . . judex cognoscat, an justa causa abolitionis sit.«

[6]) C. Abolitio. 2. C. de abolit. (9. 42.): » . . . postulari debet, si per errorem, seu temeritatem seu calorem ad accusationem prosiluerit.«

[7]) C. Abolitio. 2. eod. C. Si quem poenituerit. 8. C. 2. Q. 4. Fr. In capitalibus. 1. D. de bon. eor. qui ante sent. (48. 21.) gibt eine Ausnahme an

[8]) Th. II. B. 3. T. 13. §. 6. Not. 2.

[9]) C. Abolitio. 2. C. cit.

[10]) C. Fallaciter. 3. in f. C. eod.

[11]) Fr. Mulier. 4. §. 1. D. ad SC. Turp. (48. 16.): »Post abolitionem idem crimen ab eodem in eandem instaurari non potest.« C. Quamvis. 3. C. eod. C. Accusationem. 6. C. de his, qui accus. (9. 1.). C. Abolitionem. 16. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.)

[12]) Fr. Hi tamen. 11. §. 1. D. de accusat. (48. 2.): » . . . eum, qui abolitione publica vel privata interveniente, aut desistente accusatore, de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur.«

ihnen bleibt ihr Recht ungeschmälert. In so fern bewirkt also diese Abolition nur eine Erlöschung der Instanz.

2. Zur Erwirkung der gesetzlichen Abolition, ab. ex lege, geht der Antrag von dem Beschuldigten aus. Als Fälle, in welchen sie erfolgen kann, werden folgende angegeben.

Sind erstens die Anklagelibelle nicht in der gesetzlich erforderlichen Weise abgefaßt, so wird, auch wenn das Delations-Verfahren geschlossen ist [1]), der Name des Beschuldigten gelöscht und damit die gesetzliche Abolition vollzogen [2]). Die Folge davon ist, daß der Ankläger den Prozeß von Neuem beginnen muß. Mithin ist für den Beschuldigten nur eine Löschung der Instanz bewirkt, der Ankläger aber zum Beginne des neuen Prozesses nicht in der Zeit weiter beschränkt, als es die Anklagefrist selbst mit sich bringt [3]).

Ist ferner der Ankläger vor der Vornahme der Anklagehandlung gestorben oder sonst verhindert, sie in dem dafür bestimmten Termine vorzunehmen, so wird die Abolition auf den Antrag des Beschuldigten verfügt [4]). Das Nämliche tritt ein, wenn im Verlaufe des Prozesses drittens der Ankläger die nothwendigen Prozeßhandlungen vorzunehmen außer Stand ist [5]). — Die in einem dieser beiden Fälle verfügte Abolition schloß den Ankläger, der noch lebte, von der neuen Anklage aus, Dritte aber nicht; doch beschränkte sie ihnen die Anklagefrist auf 30 Tage.

3. Wichtige Ereignisse und freudige Feste gaben den Kaisern oft Anlaß zu Gnadenerweisungen gegen Verbrecher. Dieselben bezogen sich entweder auf anhängige Strafprozesse und waren öffentliche Abolitionen, ab. publica [1]), oder auf bereits verhängte Strafen, oder begangene, noch nicht gerichtlich anhängig gewordene Verbrechen, und waren eigentliche Begnadigungen, Amnestien, die nicht hierhin, sondern in die

---

[1]) Tit. 4. §. 12.

[2]) Fr. Libellorum. 3. §. 1. D. de accus. (48. 2.) Tit. 4. §. 7. Not. 1.

[3]) Fr. Accusaturus. 35. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.). Fr. Quinquennium. 31. D. eod.

[4]) Fr. Vel ob rem. 10. pr. D. ad SC. Turpill. (48. 16.) §. 1. Not. 1.

[5]) Fr. Libellorum. 3. §. 4. D. de accus. (48. 2.) »Si accusator decesserit, aliave qua causa ei impedierit, quo minus accusare possit, et si quid simile: nomen rei aboletur, postulante reo, idque ex lege Julia de vi et Senatusconsulto cautum est, ita ut liceat alii ex integro repetere reum, sed intra quod tempus, videbimus. Et utique triginta dies utiles observandi sunt.« C. Si ea. 7. C. de his, qui accus. (9. 1.)

[1]) §. 1. Not. 1. Fr. Si interveniente. 12. D. ad SC. Turp. (48. 16.)

Lehre von den Strafen gehören [2]). Die Abolition bewirkte zunächst die Aufhebung des Reatus für die Zeit der Festlichkeit [3]), ohne dem Ankläger das Recht einer neuen Verfolgung oder jedem Dritten die Anklage nach dem Feste zu entziehen [4]). Beide sind indessen in ihrer Verfolgung auf die Zeit von 30 Tagen nach der Feier beschränkt [5]). In so fern ist diese Abolition eine beschränkte Niederschlagung des Strafprozesses. Sie ist nicht eine Handlung der richterlichen, sondern nur der gesetzgebenden Gewalt.

4. Mit dem Tode des Beschuldigten erlischt jede gerichtliche Verfolgung desselben, mit Ausnahme einzelner Verbrechen, auch der gegen denselben erkannte Anklagestand erlischt [1]), wie ebenfalls die Strafe, so, daß sie nicht auf die Erben übergeht [2]), als in so fern sie nicht eine Vermögensstrafe ist. Doch ist auch dieser Uebergang nicht allgemein und, wo er eintritt, von Voraussetzungen abhängig. Wegen öffentlicher Delikte wird nicht allein die Versetzung in den Anklagestand, litis contestatio [3]), sondern auch ein ergangenes Straferkenntniß zu dem Uebergange dieser Strafen vorausgesetzt [4]), ausgenommen, wenn der Tod vor der Verur-

---

[2]) II. Th. B. 2. T. 9. §§. 1—4. C. Fallaciter. 9. C. de calumniatoribus. (9. 46.)

[3]) Fr. Si interveniente. 12. D. ad SC. Turp. (48. 16.): »... abolitionem reorum fieri, nec intra dies praestitutos reum repetierit, dicendum est, cessare Turpilianum Senatusconsultum.«

[4]) Fr. Si quis. 7. pr. D. eod: »Si quis repetere velit crimen publica abolitione interveniente, eo jure repetit, quo accusabatur: non aeque enim possunt praescriptiones ei objici, quae ante reorum abolitionem non sunt objectae.« Fr. Aut privatim. 10 §. 1. D. eod: »Abolitione autem publice facta, non retractabitur in judicio repetendo de mariti jure.« Fr. Hi tamen. 11. §. 2. D. de accus. (48. 2.) §. 1. Not. 12.

[5]) Fr. Aut privatim. 10. §. 2. Fr. In senatusconsultum. 15. §. 6. D. ad SC. Turp. (43. 16.)

[1]) Fr. Is, qui. 11. D. ad leg. Jul. maj. (48. 4.): »Is, qui in reatu decedit, integri status decedit: extinguitur enim crimen mortalitate.« Fr. Divi Severi. 1. §. 4. D. de requir. reis. D. (48. 17.): ». . . criminis causa exspirat et perit, et bona ejus ad successores transmittuntur.«

[2]) Fr. Defuncto. 6. D. de publ. jud. (48. 1.): »Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta est.« Fr. Si poena. 20. D. de poen. (48. 19.): »Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio jure, ne ad haeredes transeat.«

[3]) Tit. 4. §. 9.

[4]) Fr. Ex judiciorum. 20. D. de accusat. (48. 2.): ». . . non alias transeunt adversus haeredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta.« C. Defunctis. 5. C. si reus vel accus. mort. (9. 6.)

theilung durch Selbstmord erfolgte [5]), und wenn es sich um ein Majestätsverbrechen und um Unterschlagungen, repetendarum, handelt, obgleich noch keine gerichtliche Verhandlungen stattgefunden haben [6]). Bei andern Delikten gehen die Strafen nicht bloß mit der Litiscontestation, sondern immer auf die Erben über [7]).

Hat der Verurtheilte Berufung ergriffen, so ist die Wirkung des Urtheils suspendirt [8]), mithin können, wenn er stirbt, keine Folgen davon sofort auf die Erben übergehen, bevor das Ergebniß der Berufung vorliegt; diese selbst aber geht auf sie über, und sie müssen sie durchführen, wenn sie den Vermögensnachtheilen aus dem ergangenen Spruche entgehen wollen [9]).

Gegen Verstorbene kann nur wegen einzelner qualificirter Verbrechen eine Anklage erhoben werden, namentlich wegen Majestätsverbrechen und wegen Häresie.

5. Die strafgerichtliche Verfolgung der Verbrechen verjährt in der Regel in 20 Jahren, die einzelnen Verbrechen in längerer oder kürzerer Frist [1]), vom Tage des vollendeten Verbrechens an gerechnet [2]), und wenn es in fortgesetzten Handlungen besteht, von dem Tage der zuletzt begangenen ab [3]). Diese Verjährungszeit ist für alle Verbrechen eine

[5]) C. Defunctis. 5. C. eod: »Defunctis reis publicorum criminum . . . pendente accusatione, praeterquam si sibi mortem consciverint.«

[6]) Fr. Ex judiciorum. 20. D. cit.: ». . . excepto repetundarum et majestatis judicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur.«

[7]) B. 2. T. 1. §. 8. Not. 19. Fr. Constitutionibus. 53. D. de obl. et act. (44. 7.): ». . . placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.« C. Post litis. un. C. ex del. defunct. (4. 17.). C. Tua nos. 9. X. de usur. (5. 19.). C. Parochiano. 14. X. de sepul. (3. 28.)

[8]) Daher ist auch sein Testament gültig. Fr. Qui latronibus. 13. §. 2. D. qui test. fac. poss. (28. 1.). Fr. Lucius. 9. D. de jure fisc. (49. 14.)

[9]) Fr. un. pr. D. si pendent. app. mors interv. (49. 13.). C. Si is, qui. 3. C. eod. (7. 66.). C. Si quis. 6. C. si reus vel accus. (9. 6.)

[1]) C. Querela falsi. 12. C. ad leg. Corn. de fals. (9. 22.): »Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cetera quoque fere crimina.« Fr. Quamcunque. 3. D de requirend. vel abs. reis. (48. 17.). Fr. In omnibus. 13. D. de divers. temp. praescr. (44. 3.). Engel. de accus. V. 1. X. 16.

[2]) Fr. Mariti. 29. §. 7. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

[3]) Gl. marg. ibid. v. commissi criminis: »Adulter, si per triennium adulterium commiserit, tempus ejus accusandi currere incipit non a die primo com-

natürliche, die vom ersten Augenblicke an gerechnet wird, und eine ununterbrochene, temp. continuum, ist, so, daß die Zeit, wo sie nicht verfolgt werden konnten, nicht in Abzug gebracht wird [4]). Durch einen dagegen gerichtlich eingebrachten Antrag auf Versetzung in den Anklagestand, postulatio, wird eine Unterbrechung so bewirkt, daß die Zwischenzeit in Abzug kommt [5]).

Gegen Verwandtenmord gibt es für die gerichtliche Verfolgung keine Verjährung [6]). Hierin steht ihm die Unterschiebung eines Kindes [7]) und die Apostasie [8]) gleich.

Die Anklage wegen Ehebruches [9]) und anderer fleischlicher Verbrechen [10]) verjährt in 5 Jahren; Nothzucht aber, stuprum per vim [11]), blutschänderischer Ehebruch [12]), Raptus [13]) und Sollicitation verjähren

---

missi adulterii, sed ab ultimo, ut in hoc proposito possit adulter de quolibet adulterio accusari.«

[4]) Feuerbach Lehrb. des peinlichen Rechts. §. 66. Fr. Quinquennium. 31. D. ad leg. Jul. de adult (48. 5.): »Quinquennium non utile, sed continuum numerandum est.« Fr. Miles. 11. §. 4. Fr. Mariti. 29. §. 7. D. eod.

[5]) Fr. Quinquennium. 31. in f. D. eod: ». . . aequum est, computationi quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumptum sit.«

[6]) Fr. Eorum. 10. D. de leg. Pompej. de parricid. (48. 9.): »Eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur.« Gl. ibid. v. semper: »id est, in perpetuum est accusatio.«

[7]) Fr. Qui falsam. 9. §. 1. D. ad leg. Cornel. de fals. (49. 10.)

[8]) C. Apostatarum. 4 C. de apost. (1. 7.): ». . . nullis finita temporibus hujusmodi criminis arceatur indago.«

[9]) Fr. Mariti. 29. §. 5. D. ad leg. Jul de adult. (48. 5.): ». . . Praeterea si . . . ex die vero commissi criminis quinquennium praeteriit, debuit dici, nec mulierem posse accusari, . . . ne crimen quinquennio continuo sopitum excitetur.« C. Adulter. 5. C. Ita nobis. 28. C. eod. (9. 9.)

[10]) Fr. Mariti. 29. §. 6. D. eod: »Hoc quinquennium observari legislator voluit, si reo vel reae stuprum, adulterium vel lenocinium objiciatur. Quid ergo, si aliud crimen sit, quod objiciatur, quod ex lege Julia descendit, ut sunt: qui domum suam stupri causa praebuerunt, et alii similes? Et melius est dicere, omnibus admissis ex lege Julia venientibus quinquennium esse praestitutum.«

[11]) Fr. Mariti. 29. §. 9. D. eod.

[12]) Fr. Vim passam. 39. §. 5. D. eod »Praescriptione . . . crimen incesti conjunctum adulterio non excluditur.«

[13]) Fr. Qui coetu. 5. §. 2. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.): ». . . cum raptus crimen legis Juliae de adulteriis potestatem excedat.«

nur wie andere Verbrechen. — Die Anklage der Veruntreuung öffentlicher Gelder erlischt ebenfalls in 5 Jahren[14]).

Die privatrechtliche Verfolgung der aus einem Delikte entsprungenen Ansprüche unterliegt nicht der Verjährung der Anklagen, sondern der Klagenverjährung in 30 Jahren[15]). Dahin gehört namentlich auch die Klage auf Ehescheidung wegen Ehebruches. Sie ist keine criminelle Anklage, darf also auch nicht nach der Lehre von dieser behandelt werden[16]), sondern nach der über die Klagen und erlischt daher nur in 30 Jahren[17]).

---

[14]) II. Th. B. 3. Tit. 35. §. 12. Fr. Peculatus. 7. D. ad leg. Jul. pecul. (48. 13.)

[15]) B. 2. Tit. 7. §. 3.

[16]) C. Tua fraternitas. 5. X. de procur. (1. 38.)

[17]) Das ist der wirkliche Grund der langen Frist, und nicht, wie Schmalzgrüber lib. 2. tit. 26. n. 12, 13. angibt, weil die Trennung zu den »poenae spirituales« gehört. II. Th. 3. B. 8. T. §. 10.

Fünftes Buch.

Das summarische accusatorische, oder Denuntiations-Verfahren. Evangelische Denuntiation. Notorium. Verbindung des römischen mit dem germanischen Verfahren.

Erster Titel.

Summarisches Strafverfahren nach dem römischen Recht.

1. Das früher [1]) im Gegensatze zu dem förmlichen und feierlichen Accusations-Verfahren als ein summarisches bezeichnete unterscheidet sich von jenem durch die dort angegebenen charakteristischen Eigenheiten. Diese bestehen in der Erhebung und Durchführung der Anklage, in der Kürze und Raschheit des Verfahrens und in der Beschaffenheit des Verbrechens als eines gemeinschädlichen, die hier nachzuweisen sind. Neben dem feierlichen bestand es von den Zeiten der Republik an bis zur Auflösung des Reiches. Es ging auch in den kanonischen Prozeß über, in welchem es neben dem feierlichen noch fortbesteht, unter Karl dem Großen aber mit dem germanischen Verfahren verbunden worden ist, aus welcher Verbindung das ebenfalls noch geltende Purgationsverfahren entstand, das dann das Inquisitionsverfahren veranlaßte, welches selbst ohne die Kenntniß jener ganzen Lehre nicht in seiner Wesenheit gehörig gewürdigt werden kann.

---

[1]) B. 4. Tit. 1. §. 5.

2. Bei dem summarischen Verfahren schreitet der Strafrichter als öffentliche Behörde und von Amts wegen gegen Verbrechen so ein, daß er selbst ein Strafverfahren einleitet und eine gesetzliche Bestrafung erwirkt. Schritt unter dem römischen Rechte Jemand, der einen Magistrat bekleidete, vermöge des allgemeinen Accusationsrechtes ein und brachte die Sache vor eine Quästion oder vor ein anderes Strafgericht; so war das Verfahren das förmliche und hatte nichts Besonderes an sich. Dann wurde ebenfalls nur nach dem einem Jeden zustehenden Rechte gehandelt, und es konnte nicht an ein Einschreiten von Amts wegen gedacht werden. Das trat nur dann ein, wenn kraft und vermöge der Amtsgewalt eingeschritten wurde. Beispiele liefern die Verfolgungen der Verschwörer zur Unterdrückung ausgebrochener oder angezettelter Verschwörungen. Als die bekannteste mag hier die Catilinarische, so viel zur Frage nöthig scheint, besprochen werden.

Am 3. December 690 u. c., 63 v. Chr., wurden die Allobrogischen Gesandten und der an den Catilina abgeorderte T. Vulturcius um drei Uhr Morgens, von den beiden Prätoren, welche der Consul Cicero mit Truppen an den beiden Enden der Mulvischen Brücke aufgestellt hatte, hier festgehalten, ihnen ihre Correspondenz abgenommen und, als es tagte, dem Consul übergeben. Dieser lud sofort die Mitschuldigen, die noch in der Stadt waren, vor und brachte die Sache noch am nämlichen Morgen im Senate zur Verhandlung.

Zuerst wurde Vulturcius verhört, der auf zugesicherte Straflosigkeit ein Geständniß ablegte, das den nächsten Plan der Verschwörer offen legte. Nach ihm wurden die Allobroger vernommen, welche ihre Verbindung mit den Beschuldigten bezeugten. Hierauf folgte das Verhör von diesen einzeln über die aufgenommenen Indicien und ihre Schreiben, und sie wurden so überführt, daß sie nicht widersprechen konnten, vielmehr theils gestanden, theils durch ihr Aeußeres ihre Schuld verriethen. Nach geschlossener Verhandlung trug der Consul auf Beschlußnahme an [1]). Der Senat beschloß unter Anderm, daß die anwesenden Verschwörer in Verwahr genommen werden sollten [2]).

Am folgenden Tage wurden den Allobrogern und dem Vulturcius reiche Geschenke beschlossen [3]), von Seiten der Angeklagten Vorkehrungen

[1]) Cic. in L. Catil. III. c. 6: »Indiciis expositis atque editis, Quirites, senatum consului de summa re publica quid fieri placeret.«

[2]) Cic. ibid. §. 14. Sall. c. 47: ». . . Senatus decernit, uti . . . ceteri in liberis custodiis haberentur.«

[3]) Cic. ibid. IV. c. 3. §. 5.

zu einer gewaltsamen Befreiung eingeleitet. Dieser Versuch beschleunigte die Beendigung des Prozesses. Schon hatte der Senat erklärt, jene hätten gegen den Staat gehandelt, contra rem publicam fecisse, und als Cicero von dem Unternehmen Kenntniß erhalten, stellte er am fünften December im Senate den Antrag, über die That zu erkennen und die Strafe zu beschließen[4]). Der Spruch lautete auf Todesstrafe nach der Sitte der Altvordern[5]). Derselbe wurde noch am nämlichen Tage im öffentlichen Kerker vollstreckt[6]).

3. Bei diesem Prozesse springt sofort die Raschheit im Verfahren in die Augen. Sie hing zwar theils von den gegebenen augenfälligen Beweisen und dem Eingeständnisse und theils von der Dringlichkeit der Umstände ab; doch war dieses Alles nur eine mitwirkende, nicht die Hauptursache. Diese lag in der Eigenthümlichkeit des Verfahrens von Amts wegen selbst. Dadurch, daß der machthabende Beamte das Verbrechen verfolgte, fielen die accusatorischen Schriftstücke, die Postulation, die Delation und die Accusation als getrennte Gerichtshandlungen nebst den damit in Verbindung stehenden Zwischenhandlungen, den Vorladungen und Mittheilungen, den Beseitigungen der Einreden gegen den Ankläger, die Solemnien und die sonst unvermeidlichen Dilationen aus, wovon denn die Abkürzung die natürliche Folge war. Andererseits waren Ergreifen der Einen, Vorladen der Andern und Vorführen zum Verhör vor dem Senate, dem eigentlichen Richter über die Sache, schnell auf einander folgende Handlungen, die nicht erst der vorgängigen richterlichen Ermächtigung und der Begründung des Gesuches um ihre Bewilligung bedurften, da der anklagende Magistrat dazu die gesetzliche Befugniß hatte. Der sie wollte, konnte sie zugleich befehlen und besaß die Macht, sie auszuführen. Das erste Verhör ferner schloß alle im ordentlichen Verfahren nothwendig getrennten Handlungen mit der Vertheidigung in sich ein Daher sofort die Ueberweisung in Verwahrung, also Erklärung in den Anklagestand, sodann bald darauf Erwägung der That und Urtheil über sie als Staatsverbrechen, und am dritten Tage Erlaß des Straferkenntnisses und dessen Strafvollstreckung. Hätten nicht besondere Rücksichten, namentlich auf das Volk, auch noch die Einlieferung eines eingefangenen

---

[4]) Sall. c. 50. Cic. ibid. IV. c. 3. §. 6: ». . . et de facto, quid judicetis, et de poena, quid censeatis.«

[5]) Sall. c. 52. in f.: ». . . de confessis, sicut de manifestis rerum capitalium more majorum, supplicium summendum.«

[6]) Sall. c. 55: ». . . vindices rerum capitalium laqueo gulam fregere.«

Mitschuldigen, Tarquinius [1]), vielleicht zugleich die Erwartung, noch nähere Geständnisse zu gewinnen, obgewaltet; so hätte auch schon am ersten Tage das Strafurtheil ergehen können. Denn die eingetretene Zwischenzeit hat nichts herausgestellt, das an dem Ergebnisse des ersten Verhöres etwas ändern konnte. Hätten freilich die Angeklagten von ihrem Rechte der Vertheidigung Gebrauch machen wollen oder können [2]), oder wären die gewonnenen Beweise nicht augenfällig gewesen; so würden die Verhandlungen eine größere Ausdehnung erhalten haben. Allein immerhin würden Beweisführung und Vertheidigung an sich kürzer, als im förmlichen Verfahren gewesen sein, schon weil der Beamte selbst die Mittel besaß, die Beweise schnell zu sammeln, oder die Anklage erst dann zu erheben, wenn er ganz in ihrem Besitze war.

Aus diesem Allen ergibt sich, daß das Verfahren von Amts wegen immer ein rasches und summarisches, wie wir es zu nennen pflegen, sein mußte. Rasche Bestrafung staatsgefährlicher Unternehmungen war überhaupt herkömmlich. Cicero führt deren einige an. Von C. Gracchus sagt er [3]): »Nox nulla intercessit: interfectus est propter quasdam seditionum suspiciones C. Gracchus,« und von einem andern Falle: »Num unum diem postea L. Saturninum, tribunum plebis, et C. Servilium praetorem, mors ac poena remorata est?«

4. Indessen kam nicht bloß gegen so unmittelbar staatsgefährliche Verbrechen ein Verfahren von Amts wegen, sondern auch in andern Fällen vor. Zur Nachweise wird dieses eine Beispiel genügen. — Als der Prätor C. Mänius 179 v. Chr. die Provinz Sardinien bekam, erhielt er zugleich den Auftrag, gegen die Vergiftungen gerichtlich einzuschreiten [1]). Es wurden also auch gegen Verbrechen, die nicht gegen den Staat gerichtet sind, amtliche Untersuchungen vorgenommen. Als staatsgefährlich konnten Verbrechen dieser Art allerdings durch ihr häufiges Vorkommen betrachtet werden und in so fern ein amtliches Entgegentreten veranlassen. Damit wäre ein Grund angegeben, aus welchem die Staatsgewalt zur Bestrafung geschritten wäre; doch bliebe noch das Anklagen von Amts wegen als nicht selten vorkommend bestehen, worauf es hier

---

[1]) Sall. c. 48.

[2]) Cic. in Cat. III. c. 5. §. 11: ». . . Si quid de his rebus dicere vellet (Lentulus) feci potestatem.«

[3]) Cic. in Cat. I. c. 2. §. 4

[1]) Liv. XL. c. 43: ». . . cui, provincia Sardinia cum evenisset, additum erat, ut quaereret de veneficiis longius ab urbe decem millibus passuum.«

zunächst ankommt. Daß nun aber in diesen Fällen das Verfahren ein summarisches war, ergibt sich aus dem Berichte des Mänius über seine Wirksamkeit noch vor Ablauf seines Dienstjahres. Er schrieb [2]), schon hätte er drei tausend Menschen verurtheilt, und ihm wüchse die Untersuchung durch die Anzeichen so, daß er sie entweder aufgeben oder sein Amt niederlegen müsse. Es sind also auf jeden Gerichtstag wenigstens einige Vergiftungs-Prozesse zu rechnen, deren Erledigung dem Gerichte nur durch eine sehr beschleunigte Behandlung möglich war.

5. Die angeführten Beispiele zeigen das frühe und nicht seltene Vorkommen amtlicher Strafuntersuchungen mit summarischem Verfahren. Daß nun solche nicht etwa bloß ausnahmsweise, sondern vermöge einer stehenden Einrichtung, namentlich zur Kaiserzeit, die auf die Entwickelung des kanonischen Rechtes nahen Einfluß hatte, statt fanden, ist hier zur Vermittelung einer klaren Auffassung nachzuweisen.

Die erwähnte stehende Einrichtung war in der allgemeinen Gerichts-Verfassung gegeben. In Rom bestanden die Quästionen mit dem förmlichen Verfahren noch eine Zeit lang, bis gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, fort, und als die Strafgewalt ganz auf den Stadtpräfekten, Praefectus urbi, übergegangen war [1]), blieb auch vor diesem, so oft ein Ankläger auftrat, das förmliche Verfahren beibehalten, wie die ganze Lehre hierüber ausweis't. Außerdem aber besaß der Stadtpräfekt die Befugniß und die Pflicht zu amtlichem Einschreiten, das sich im Verlaufe der Zeit mit dem gesteigerten Bedürfnisse noch erweiterte. — In den Provinzen hatten diese Jurisdiktion die Statthalter, Praesides, Proconsules [2]), so, daß man von der Amtswirksamkeit des Einen auf die des Andern schließen kann. Hierüber muß das eben Nöthige bemerkt werden, da die Entwickelung der Amtsbefugnisse dieser Behörde nicht die Aufgabe ist.

Der Stadtpräfekt hatte für die öffentliche Ruhe zu sorgen, quies popularium, zu welchem Zwecke er besondere, in der Stadt vertheilte Polizei-Soldaten, milites stationarii, aufgestellt hatte, die ihm über die Vorgänge Bericht erstatten mußten [3]). Diese Berichte seiner Diener,

---

[2]) Liv. ibid: ». . . A C. Maenio praetore, cui . . . literae allatae: se jam tria millia hominum damnasse, et crescere sibi quaestionem indiciis; aut eam sibi esse deserendam, aut provinciam dimittendam.«

[1]) Fr. Omnia. 1. pr. D. de off. praef. urbi. (1. 12.)

[2]) B. 1. Tit. 1. §. 8. Not. 2.

[3]) Fr. Omnia. 1. §. 12. D. de off. praef. ur. (1. 12.): ». . . debet etiam dispositos milites stationarios habere ad tuendam popularium quietem et ad referendum, quid in urbe agatur.«

officium, gaben ihm also Anlaß, wo es nöthig war, mit Strafverfahren vorzugehen. Ihm überlieferte ferner der Präfekt der Polizeiwache, Praefectus vigilum, die gefährlichen und berüchtigten Brandstifter, Diebe und Räuber[4]) und berichtete an ihn über vorgefallene Kapitalverbrechen[5]). -- In den Provinzen hatten die Präsidenten den Auftrag, sie von schlechten Menschen zu reinigen[6]), die öffentliche Ruhe und Ordnung zu handhaben, und zu dem Ende die Verbrecher, als namentlich die Heiligthumsschänder, Straßenräuber, Menschenräuber, die Diebe und Hehler der Verbrecher aufzusuchen und zu bestrafen[7]). Ihre Diener, officium, die Spione, curiosi, die Wachtposten, stationarii, und die Polizei-Agenten, agentes in rebus[8]), die sie zur Bewachung des Landes ausschickten und aufstellten, meldeten ihnen, denuntiaverunt, nuntiaverunt, durch ihre Berichte, notoria[9]), elogia, was über Verbrechen zu ihrer Kenntniß gelangt war[10]), und überlieferten ihnen die ergriffenen Verbrecher[11]). In

---

[4]) Fr. Nam salutem. 3. §. 1. D. de off. praef. vigil (1. 15.): »Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus, nisi si qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur.« Fr. Imperatores. 4. D. eod.

[5]) C. un. C. eod. (1. 43.): ». . . de capitalibus causis . . . si quid hujusmodi evenerit . . .«

[6]) Fr. Praeses. 3. in f. D. de off. praes. (1. 18.): ». . . curet is, qui provinciae praeest, malis hominibus provinciam purgari.«

[7]) Fr. Congruit. 13. pr. D. eod: »Congruit bono et gravi Praesidi curare, ut pacata atque quieta provincia sit, quam regit: quod non difficile obtinebit, si sollicite agat, ut malis hominibus provincia careat, eosque conquirat: nam et sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet . . . receptoresque eorum coercere.« Fr. Lege Julia. 4. §. 2. D. ad leg. Jul. peculat. (48. 13.). Nov. 128. c. 21.

[8]) Cod. lib. 12. tit. 20. u. 23.

[9]) B. 1. Tit. 8. §. 2. Not. 3.

[10]) Fr. Ab accusatione. 6. §. 3. D. ad SC. Turpil. (48. 6.). C. Ea quidem. 7. C. h. t. (9. 2.). C. Si quis. 31. C. Theod. de episc. (16. 2.). B. 1. a. a. O. C. Curiosi. 1. C. de curios. (12. 23.): »Curiosi et stationarii, vel quicunque funguntur hoc munere, crimina judicibus nuntianda, meminerint, et sibi necessitatem probationis incumbere, nec citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit: cesset ergo prava consuetudo, per quam carceri aliquos immittebant.«

[11]) C. In quacunque. 1. pr. C. de custod. reor. (9. 4.): »In quacunque causa reo exhibito, sive accusator existat, sive eum publicae sollicitudinis cura produxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur.« C. Si quis. 2. C. eod: »Si quis in ea culpa vel crimine fuerit deprehensus, quo dignus claustris carceris . . . videatur, auditus apud acta . . .«

den Städten insbesondere führten theils Defensoren [12]) und theils Irenarchen [13]) mit einer niederern Jurisdiktion die Aufsicht über die öffentliche Zucht. Diese verhafteten die gefährlichen, auch andere auf frischer That ergriffene Verbrecher, überlieferten sie dem competenten Richter und meldeten ihm in dem Begleitungsberichte, notoria, elogia, die näheren Umstände, wie sie sich aus der von ihnen vorgenommenen Untersuchung ergeben hatten [14]). An die Defensoren und Irenarchen sowohl [15]), als an die Officien der Magistrate konnten auch Private auf frischer That ergriffene Verbrecher überliefern und so gegen sie eine gerichtliche Untersuchung von Amts wegen bewirken.

6. Vermöge dieser Einrichtung konnten also die mit Criminal-Jurisdiktion ausgerüsteten Magistrate auf den Grund der amtlichen Denuntiationen ihrer Officien oder anderer Unterbehörden zu Strafprozessen von Amts wegen schreiten. Gegenstand eines solchen sind aber immer nur, wie sich aus den vorgelegten Stellen ergibt, die gegen die Staatseinrichtung und auf dessen Umsturz abzielende und sonst gemeingefährliche Verbrechen, andere aber nur dann, wenn der Thäter von den Officianten oder von Privaten auf frischer That ergriffen worden ist. Hierauf

---

[12]) C. Defensores ita. 8. §. 1. C. de defensor. (1. 55.): »Quod si quid a qualibet persona contra publicam disciplinam in laesionem possessorum fieri cognoverint defensores, referendi habeant potestatem illustres.«

[13]) Fr. Munerum. 18. §. 7. D. de decurion. (50. 4.): »Hirenarchae quoque, qui disciplinae publicae et corrigendis moribus praeficiuntur.«

[14]) C. Per omnes. 6. C. de defens. (1. 55.): »Per omnes regiones, in quibus fera . . . latronum fervet insania, . . . defensores adsint disciplinae et quotidianis actis praesint, qui non sinant crimina impunita coalescere.« C. Defensores civitatum. 7. C. eod: »Defensores civitatum oblatos sibi reos in ipso latrocinio, vel congressu violentiae, aut perpetrato homicidio, aut stupro, vel adulterio deprehensos, et actis publicis sibi traditos, expresso crimine cum his, a quibus fuerint accusati, mox sub idonea persecutione ad judicium dirigant.« C. Defensores ita. 8. §. 1. C. eod. Not. 12. Fr. Divus Hadrianus. 6. §. 1. D. de custod. reor. (48. 3.): »Irenarchae, cum adprehenderint latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus, et interrogationes literis inclusas atque obsignatas ad cognitionem magistratus mittant. Itaque qui cum elogio mittuntur, ex integro audiendi sunt, etsi per literas missi fuerint, vel etiam per Irenarchas perducti.« Nov. 15. c. 6. §. 1: ». . . et eos, qui in majoribus criminibus capiuntur, detrudent (defensores) in carcerem et mittent ad provinciae Praesidem.« C. Circumcelliones. 1. C. 23. Q. 5. S. Aug.

[15]) C. Defensores civitatum. 7. C. de defens. Not. 14: ». . . oblatos sibi reos . . . deprehensos.« C. Si quis. 2. C. de cust. reor. Not. 11: ». . . in crimine . . . deprehensus.«

ist folgende Constitution Diocletian's und Maximinian's zu beziehen [1]): »Si quis se injuriam ab aliquo passum putaverit, et querelam deferre voluerit, non ad stationarios decurrat, sed Praesidialem adeat potestatem, aut libellos offerens, aut querelas suas ad acta deponens.« Ein Verbrechen, wodurch nur Einzelne in ihren Rechten gekränkt worden waren, und das nicht als ein gemeingefährliches galt, konnte nicht von den Officien zur Anzeige gebracht und Gegenstand einer Bestrafung von Amts wegen, sondern nur eines förmlichen Strafverfahrens werden. Den gemeingefährlichen Verbrechen wurden aber hierin die heimliche Verbindung einer Herrin mit einem ihrer Sklaven [2]) und die Verletzung eines Grabes [3]) gleich gestellt.

7. Und bei diesen Untersuchungen war das Verfahren immer ein summarisches und rasches. Vorerst waren dabei die Solemnien nicht nothwendig [1]), und alle Handlungen bis zur Accusation fielen aus, wie von dem Catilinarischen Prozesse nachgewiesen worden ist. Die Verhandlungen begannen ohne Verzüg, statim, mit der Untersuchung der Sache, quaestio, inquisitio, *ἀνάκρισις* [2]), das heißt, mit dem Beweis-Verfahren. Dabei wurden zwar die früher darüber von den Behörden aufgenommenen Protokolle und ihre Berichte zu Grunde gelegt, doch nicht selbst als Beweismittel betrachtet, sondern die Sache wurde behandelt, als wäre darin noch nichts vor sich gegangen [3]). Die Beamten, oder die ihnen die Verbrecher übergaben oder zur Anzeige brachten, mußten vor dem Richter

---

[1]) C. Si quis. 8. C. h. t. B. 4. T. 4. §. 11. Not. 4.

[2]) C. un. C. de mulier. quae se propr. serv. junx. (9. 11.): ». . . Sitque omnibus facultas crimen publicum arguendi, sit officio copia nunciandi, sit etiam servo licentia deferendi.«

[3]) C. Qui sepulchra. 4. C. de sepulch. violato. (9. 19.): ». . . sive quis propria sepulchra defendens, sive quicunque alius accusaverit, vel ad officium nuntiaverit.«

[1]) C. Ea quidem. 7. C. h. t.: »Ea quidem, quae per officium Praesidibus denuntiantur, et citra solemnia accusationum posse perpendi, incognitum non est. Verum si falsis nec ne notoriis insimulatus sit, perpenso judicio dispici debet.«

[2]) C. In quacunque. 1. pr. C. de cust. reor. (9. 4.). §. 5. Not. 11: »statim debet quaestio fieri.«

[3]) Fr. Divus Hadrianus. 6. pr. D. de cust. reor. (48. 3.): ». . . Et alias rescriptum est, non esse utique epistolis eorum credendum, qui quasi damnatos ad Praesidem remiserint.« §. 1. (oben §. 5. Not. 14.): ». . . ex integro audiendi sunt.« C. Ea quidem. 7. C. h. t. Not. 1. Fr. In criminibus. 1. §. 26. D. de quaest. (48. 18.)

erscheinen und für die Wahrheit ihrer Denuntiationen einstehen, handelten dabei also als Zeugen [4]). Das weitere Verfahren setzte wenigstens einen begründeten Verdacht, wie beim förmlichen Verfahren zur Versetzung in den Anklagestand, voraus [5]). Bestand ein solcher, so erfolgte das Verhör des Beschuldigten. Hier herrschte, um ihn durch Peinigen zu einem Geständnisse zu vermögen, oft große Härte und Willkür [6]). Nach Beendigung des Beweis-Verfahrens wurde der Angeklagte zur Vertheidigung zugelassen, für welche er sich auch Rechtskundige bestellen konnte [7]).

Diese Verhandlungen mußten aber nicht bloß sofort vorgenommen, sondern auch überhaupt schleunigst, quam celerrime, betrieben werden [8]). Die Strafe sollte den Schuldigen rasch treffen und der Unschuldige rasch freigesprochen werden [9]). Der rasche Betrieb hatte an sich einen unverkennbar guten Zweck, allein in der Ausführung konnte er bedenklich werden. Er begünstigte Voreingenommenheit und Leidenschaft zu sehr. — Die Strafe war immer die vom Gesetze bezeichnete.

---

[4]) Fr. Divus Hadrianus. 6. §. 1. D. de cust. reor. (48. 3.): ». . . Et ideo cum quis ἀνάκρισιν, id est, quaestionem seu inquisitionem faceret, jubere oportet venire Irenarchen, et quod scripserit exequi.« C. Curiosi. 1. C. de curios. (12. 23.). §. 5. Not. 10: ». . . sibi necessitatem probationis incumbi nec citra periculum sui.« C. Singuli. 14. C. h. t.: ». . . non oportere . . . relationibus a publicis personis destinandis credere, sed rei veritatem inquirere.« C. Defensores civitatum. 7. C. de defens. §. 5. Not. 14: ». . . cum his, a quibus fuerint accusati, . . . ad judicium dirigant.«

[5]) Fr. Qui sine accusatoribus. 22. D. de quaest. (48. 18.): »Qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt, quaestio de his habenda non est, nisi aliquibus suspicionibus urgeantur.«

[6]) Ein Beispiel lieferte Antonius gegen Trebonius. Cicero sagt davon Philipp. XI. c. 2. §. 5: ». . . Consularem hominem . . . quum verborum contumeliis optimum virum incesto ore lacerasset, tum verberibus ac tormentis quaestionem habuit pecuniae publicae, idque per biduum: post cervicibus fractis caput abscidit!« — Joan. 19, 1—4. Act. 22, 24.

[7]) Tertull. Apolog. c. 2: »Quodcunque dicimur, cum alii dicuntur, et proprio ore et mercenaria advocatione utuntur ad innocentiae suae commendationem; respondendi, altercandi facultas patet, quando nec liceat indefensos et inauditos omnino damnari . . . . quando, si de aliquo nocente cognoscitis, non statim confesso eo nomen homicidae, vel sacrilegi, vel incesti, vel publici hostis, ut de nostris elogiis loquar, contenti estis ad pronuntiandum, nisi et consequentia exigatis, qualitatem facti, locum, modum, tempus, conscios . . . Atquin invenimus inquisitionem quoque in nos prohibitam.«

[8]) C. In quacunque. 1. pr. C. de custod. reor. (9. 4.): ». . . debet quam celerrime procurari.«

[9]) Ibid. §. 5. Not. 10. — C. De his. C. eod: ». . . convictos velox poena subducat.«

8. Solche summarische Prozesse waren die oben erwähnten aus dem neuen Testamente [1]) und die späteren in den Christen-Verfolgungen. Zur Veranschaulichung des Verfahrens mögen einige aus dem Berichte der Gemeinde zu Smyrna [2]) über die Verurtheilung des h. Polykarpus, dessen Aufenthalt dem Gericht bei der Inquisition gegen seine Hausgenossen bekannt geworden, ausgehobene Stellen dienen. Es heißt darin: „Da seine Angeber Hausgenossen waren, konnte er unmöglich verborgen bleiben. Der Irenarch Herodes wünschte sehr, ihn bald in's Theater einzuführen . . . Mit dem Knaben, der ihn angegeben hatte, machten sich die Schergen und Landreiter auf zur Zeit des Mahls . . . Sie wunderten sich über sein hohes Alter, über seine freudige Kraft, und Einige sagten: bedurft' es solcher Eile, um einen Greis, wie diesen, zu greifen? . . . Es kam ihm entgegen der Irenarch Herodes mit dessen Vater Nikotes, in einem Fuhrwerk, nahmen ihn zu sich und redeten ihm zu, indem sie bei ihm saßen: Was Arges ist es denn, den Kaiser Herr zu nennen und Weihrauch zu streuen und dich zu retten? . . . Er ward dem Proconsul dargestellt, der ihn fragte, ob er Polykarpus wäre. Als er es bejahte, redete er ihm zu, daß er verleugnen möchte." Gegen die wiederholten Zusprüche, Christum zu verleugnen, und gegen die erhobenen Drohungen blieb der h. Polykarpus in seinem Bekenntnisse fest. „So wenig ließ er sich durch das, was ihm gesagt ward, niederschlagen oder verwirren, daß vielmehr der Proconsul die Fassung verlor. Er sandte seinen Herold mitten in's Amphitheater und ließ dreimal ausrufen: Polykarpus hat bekannt, daß er Christ sei." Es erfolgte der Urtheilsspruch; dann heißt es weiter: „Nun geschah Alles schneller, als Worte erzählen können. Das ganze Volk trug aus Werkstätten und Bädern Scheitholz und Reiser herbei, und die Juden waren, wie sie bei solchen Gelegenheiten pflegen, vorzüglich eifrig in emsiger Handreichung."

9. Dieses summarische Verfahren von Amts wegen pflegt nach der wiederholt gebrauchten Bezeichnung der amtlichen Berichte das Denuntiationsverfahren genannt zu werden [1]). Im Vergleiche mit dem

---

[1]) B. 4. Tit. 1. §. 4. Not. 10.

[2]) Geschichte der Rel. Jes. von Fr. L. Grafen zu Stollberg. 8. Th.

[1]) C. Si quis episcopus. 2. X. h. t.: »Si quis episcopus ab illis accusatoribus, qui recipiendi sunt, accusatus fuerit« Dazu lautet die Ueberschrift: »A denuntiatione repellitur is, qui non praemonuit,« und die Glosse bemerkt v. accusatoribus: »id est, denuntiatoribus,« und v. accusatus: »id est, denuntiatus.« Pirrh. h. t. n. 37: »Judicialis denuntiatio . . . alia est publica, in qua judex

feierlichen kann man es als ein summarisches und in so fern als ein Verfahren de plano, wenn es so beliebt, ansehen, doch berechtigt das nicht, die Behandlung anderer Untersuchungen de plano als gleichartig mit ihm zusammen zu stellen, wie von Vielen geschieht.

Zu diesen gehört die Behandlung leichter Delikte. Davon sagt Ulpian[1]): »Levia crimina audire et discutere de plano Proconsulem oportet, et vel liberare eos, quibus objiciuntur, vel fustibus castigare, vel flagellis servos verberare.« Allein das ist gar kein Strafverfahren, sondern nur eine Disciplinar-Untersuchung, und hat mit dem Besprochenen nichts gemein: die Handlung kann nicht Gegenstand einer Accusation sein, auch keine gesetzliche Strafe nach sich ziehen, und unser summarisches Verfahren ist keineswegs eine gerichtliche Untersuchung de plano, sondern kann nur in tribunali vor sich gehen. Das Nämliche gilt, wie von leichten Delikten, auch von dem Verfahren gegen unfolgsame Kinder und Freigelassene[2]).

Hat der Ehemann gegen die Frau die Anklage wegen Ehebruches erhoben, so kann sie ihm Lenocinium mit Erfolg vorwerfen; jedoch nicht so, daß die Anklage abgewiesen würde, oder sie ungestraft bliebe, sondern so, daß auch er gestraft wird, wenn sie auch den Vorwurf nicht vor der Versetzung in den Anklagestand, sondern erst später vorbrachte[3]). Diese Behandlung hat das Eigene, daß der Mann ohne Anklage und ohne accusatorische Solemnitäten zur Strafe gezogen wird, sie ist auch ein Verfahren de plano, wie bei Interlokuten; allein ein eigenes Verfahren bildet sie nicht, das als ein selbstständiges neben dem hier besprochenen aufgezählt werden könnte. Mit der Bestrafung der Calumnia bei der Freisprechung des Angeklagten hat es eine ähnliche Bewandtniß[4]).

---

ex officio suo et per denuntiationem suorum officialium procedit, et deducit aliquod crimen ad publicam vindictam et est similis accusationi.«

1) Fr. Levia crimina. 6. D. h. t.

2) Fr. Nec quicquam. 9. §. 3. D. de off. Procons. (1. 16.): »De plano autem Proconsul potest expedire haec: ut obsequium parentibus et patronis, liberisque patronorum exhiberi jubeat; comminari etiam et terrere filium a patre oblatum, qui non, ut oportet, conversari dicatur.«

3) Fr. Ex lege Julia. 2. §§. 5. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

4) B. 4. Tit. 5. §. 7. Not. 4.

Zweiter Titel.

Summarisches Verfahren im kanonischen Rechte.

1. Wie das summarische Accusations- oder das Denuntiations-Verfahren auch in der Kirche üblich war, werden folgende Beispiele genügend nachweisen.

Auf die schriftliche Denuntiation eines kaiserlichen Polizei-Agenten [1]), agens in rebus, gegen unzüchtige Priester beauftragte der h. Innocenz I. die Bischöfe Maximus und Severus im Bruttischen Gebiete [2]) mit der Untersuchung und gab ihnen die Weisung, die Beschuldigten, wenn sie überführt würden, zu degradiren. — Die Untersuchung betraf schwere, anstößige und kirchliche gemeinschädliche Delikte und bezielte eine Bestrafung nach der Strenge der Kanones, war mithin eine accusatorische, ihre Grundlage bildete der Inhalt der Denuntiationsschrift, nicht der persönliche Vortrag eines Anklägers mit den gesetzlichen Solemnitäten, und sie begann sofort mit dem Beweisverfahren und der Vertheidigung, war daher eine summarische.

Auf eine solche, von dem h. Cölestin I. 428 gegen einen Priester Daniel wegen gleichartiger sehr anstößiger Handlungen angeordnete Untersuchung bezieht sich c. Tantis. 3. D. 81. Der Stelle ist in dem päpstlichen Schreiben voraufgeschickt [3]): »Daniel enim nuper missa relatione ex orientalibus ad nos partibus, ab omni, quod tenuerat, virginum monasterio nefariis est objectionibus accusatus, multa de multis objecta flagitia. In quanam lateret terrarum parte quaestus est, ut si suae innocentiae confideret, contra se judicium postulatum minime declinaret, missae ad Aretalensem episcopum per Fortunatum subdiaconum nostrum praeceptiones, ut ad judicium

---

[1]) C. Maximinianus. 6. D. 81. S. Innoc. I. c. a. 405: »Maximinianus, filius noster, agens in rebus hujusmodi, qualem querelam detulit, libelli ejus series annexa declarat. Qui ... non patitur ecclesiam pollui ab indignis presbyteris, quos in presbyterio filios asseruit procreasse ... libelli ... tenore proposito eos, qui talia perpetrasse dicuntur, jubebitis in medio collocari, discussisque objectionibus, ... si convicti fuerint, a sacerdotali removeantur officio ... atque alieni efficiantur a ministerio.«

[2]) Berard. par. II. tom. 1. c. 27: »Epistola 5. ad Maximum et Severum, episcopos per Bruttos.«

[3]) Berard. ibid. c. 40.

destinaretur episcopale. Tantis gravatus testimoniis etc.« Während der Zeit [4]), daß diese Untersuchung war angeordnet worden, wurde Daniel, wie die Aktenstücke in der päpstlichen Kanzelei nachwiesen, zur bischöflichen Würde in Gallien erhoben. Daher wurde der ordinirende Bischof mit in die Untersuchung gezogen. Der Schluß des Auftrages lautete: »His ergo in medium nunc deductis, cum plerique vestrum sint, qui Apostolicae Sedis statuta cognoverint, nobiscum tempore aliquanto versati, ad disciplinae normam nostris convocata adhortationibus, omnia fraternitas vestra evocare festinet.« Hier it wurde die Beschleunigung der Vorladung der Beschuldigten und der Bestrafung aller Vorgänge nach den kanonischen Bestimmungen noch insbesondere empfohlen; früher war aber die Strafe der Degradation Beider schon angegeben. So war denn das Verfahren das durch schriftliche Anklagen veranlaßte summarisch accusatorische.

Von mehren Untersuchungen dieser Art unter dem h. Gregor I. enthält das Decretum Nachrichten, deren einige hier speziell erwähnt werden sollen. Die eine betraf den Priester Epiphanius auf Sardinien. In dem Schreiben an den sardinischen Bischof Januarius ist nur das Endergebniß mit kurzer Angabe der Sache mitgetheilt. Darnach war Epiphanius von einigen Sarden durch schriftliche Denuntiation schwerer Delikte criminell beschuldigt [5]). Worin diese bestanden, ist nicht angegeben, auch nicht, was die Denuntianten zu der Anklage veranlaßte und berech-

---

[4]) C. Tantis. 3. D. 81: »Tantis Daniel gravatus testimoniis, tanta facinorum accusatione pulsatus sacrarum, ut dicitur, virginum pollutus incestu, episcopus asseritur ordinatus. Et, ut in nostri libellis scrinii continetur, quorum ad vos quoque exemplaria direximus, in pontificii dignitatem, hoc tempore, quod ad causam dicendam, missis a nobis literis, vocabatur, obrepsit. Sacro nomini absit injuria. Facilius est, ut hanc dignitatem tali dando ipse amiserit ordinator, quam eam obtineat ordinatus. Cui convicto sociabitur, qui sibi eum credidit largiendo pontificium, sociandum. Qualis enim ipse sit, quisquis tales ordinaverit, ostendit.«

[5]) C. Epiphanium. 4. C. 5. Q. 6. S. Greg. a. 594: »Epiphanium . . . literis criminaliter accusatum cujus nos ut valuimus causam discutientes, nihilque in eo objectorum reperientes ... absolvimus. Criminis ergo auctores te volumus perscrutari, et nisi, qui easdem transmisit epistolas, paratus fuerit, hoc, quod objecit, canonicis et districtissimis probationibus edocere, nullatenus ad sanctae ministerium (mysterium) communionis accedat.« Die Corr. Rom. und Berard. par. II. tom. 2. cap. 59. sect. 13. geben den Anfang der Stelle genauer so an: »Praeterea nosti, latorem praesentium, Epiphanium presbyterum, quorundam Sardorum literis criminaliter accusatum etc.«

tigte. Der Beschuldigte erschien persönlich vor dem Papste und rechtfertigte sich so gegen das Vorgebrachte, daß er freigesprochen wurde. Der Papst ging indessen noch weiter: er beauftragte den sardinischen Bischof, den Denuntianten, wenn er für die Beschuldigung nicht die kanonischen und bündigsten Beweise erbrächte, von der h. Communion auszuschließen, das heißt, als Calumnianten zu behandeln. — Die Untersuchung war also eine summarische. Sie fing mit dem persönlichen Verhöre an. Was und wie es als Beweis erbracht war, läßt sich nicht erkennen oder auch nur vermuthen; immerhin indessen war es so beschaffen, daß sich die Unschuld des Angegriffenen und der Verdacht der Calumnie unleugbar ergab, und in dessen Folge von der Vorladung der Ankläger zur Beweisführung abgesehen, vielmehr eine Untersuchung auf Calnmnie angeordnet wurde.

Auf der Insel Gorgona hatte der wegen eines schweren Delikts degradirte Priester Saturninus die Verwegenheit, das heil. Meßopfer zu verrichten. Die über ihn ergangene Bestrafung konnte keine unbekannte sein, und die neue strafwürdige Handlung war ebenfalls eine Vielen bekannte und an sich anstößig und gefährdend. Auf die Anzeige davon beauftragte der h. Gregor den Bischof Venatius zu Luna, die Sache an Ort und Stelle zu untersuchen und, wenn er die Thatsache erwiesen fände, dem Schuldigen auch die Laien-Communion zu entziehen[6]).

Hier mag auch noch eine Stelle angereiht werden, in welcher der h. Gregor einen bei dem summarischen Verfahren wohl zu beachtenden Grundsatz aufstellt, auf den noch Jahrhunderte später als leitende Norm hingewiesen wurde. Er warnt darin vor übereiltem Urtheilsprechen und vor blindem Fürwahrhalten vorgebrachter, noch nicht untersuchter und erwiesener Beschuldigungen und weis't auf das Verhalten Gottes gegen Sodoma und Gomorra als Beispiel hin. Sie lautet[7]): »Qua in re notandum video, ne ad proferendam sententiam unquam praecipites esse debeamus, ne temere indiscussa judicemus, ne passim dicta sine probatione credamus. Quod profecto perpetrare pertimescimus, si auctoris nostri subtilius facta pensamus. Ipse quippe ut nos a praecipitata sententiae prolatione compesceret, cum omnia nuda et aperta sint oculis ejus, mala tamen Sodomae noluit audita judicare, qui ait: clamor Sodomorum et Gomorreorum multiplicatus est et peccatum eorum aggravatum est

[6]) C. Accedens. 10. D. 50. S. Greg. a. 595.

[7]) S. Greg. Moral. lib. 19. c. 23. Berrard. part. II. tom. 1. cap. 3. pag. 44. edit. Venet.

nimis: descendam et videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint, an non est ita« [8]). Die Stelle hat Pseud-Isidor in seiner Weise überarbeitet [9]), um bei dem summarischen Verfahren seiner Zeit den Satz einzuschärfen, daß auf Denuntiationen kein Urtheil ohne sorgfältige Untersuchung und gesetzlichen Beweis gefällt werden dürfe.

Aus dem dreizehnten Jahrhundert werde hier noch eine Untersuchung erwähnt, die mit jener gegen den sardinischen Priester Epiphanius vor dem h. Gregor in der Behandlung und in dem Ergebnisse Aehnlichkeit hat. Auf die mündlich vorgetragenen Beschuldigungen eines Palästinus gegen seinen Bischof ordnete Innocenz III. eine Untersuchung an [10]). Die Prüfung des vorgelegten Ergebnisses der Beweisaufnahme aber ergab nicht, daß eine der Beschuldigungen genügend erwiesen war. Daher sprach Innocenz den Beschuldigen frei und befahl eine Untersuchung gegen den Denuntianten auf Calumnie.

2. Aus dem Vorgetragenen erhellet, daß das kanonische summarische Verfahren in allen Theilen mit dem römischen übereinstimmt; in einem Punkte indessen, bei der Einbringung und Annahme der Anklage, zeigt

---

8) Genes. 18, 20. 21.

9) C. Deus omnipotens. 20. C. 2. Q. 1: »Deus omnipotens, ut nos a praecipitatae sententiae prolatione compesceret, cum omnia nuda et aperta sint oculis ejus, mala tamen Sodomae noluit audita judicare, priusquam manifeste agnosceret, quae dicebantur: Unde ipse ait: descendam et videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint, an non est ita, ut sciam. Deus omnipotens . . per se inquirere dignatus est, ... ne praecipites in discutiendis et judicandis negotiis essemus et ne mala quorumcunque prius quisquam praesumat credere, quam probare. Cujus exemplo monemur, ne ad proferendam sententiam unquam praecipites simus, aut temere indiligenterque indiscussa quaeque quoque modo judicemus .... Nam mala audita nullum moveant, nec passim dicta absque certa probatione quisquam unquam credat; sed ante audita diligenter inquirat ... multo magis nos humani ... nullum ante veram justamque probationem judicare et damnare debemus.«

10) C. Cum dilectus. 2. X. de calumniat. (5. 2.). Nach Richter v. J. 1207 »Cum dilectus filius, magister scholarium Palaestinus, ad sedem Apostolicam accessisset, et de suo episcopo excessus varios nuntiasset ... examinationem commisimus excessuum objectorum. Cum autem processum negotii (et dicta testium) examinaverimus diligenter, nec intelligere potuerimus, probatum esse sufficienter aliquod de objectis, eundem episcopum (de consilio fratrum) absolvendum decernimus ab objectis, vobis mandantes, quatenus memoratum magistrum scholarium, donec canonice suam purgaverit innocentiam, scilicet quod non calumniandi animo ad hujusmodi crimina proponenda processit, ab officio et beneficio suspendatis, ut caeteri, simili poena perterriti, ad infamiam suorum facile non prosiliant praelatorum.«

sich eine Abweichung. Nach dem römischen Rechte konnten dem Magistrate nur dessen dazu bestellten Officianten oder andere gerichtliche Unterbeamten gemeingefährliche Verbrecher zur Anzeige bringen und eine accusatorische Verfolgung veranlassen, Private aber nur, wenn sie solche gemeingefährliche oder auch andere Verbrecher auf frischer That ergriffen. Innocenz III. hingegen nahm die persönliche Anklage des Magisters Palästinus gegen seinen Bischof an. Eben so hatte der heil. Cölestin I. die schriftlichen Anklagen des Frauenklosters und Anderer, wovon nicht angedeutet ist, daß sie vermöge ihrer amtlichen Stellung handelten, gegen den Priester Daniel angenommen, wie der heil. Gregor die gegen Epiphanius von den ihm unbekannt gebliebenen Sarden und die gegen den Priester Saturninus auf Gorgana. Hier wird also der Privat-Ankläger zu einem summarischen Accusations-Verfahren zugelassen, wie zu einem förmlichen, wovon denn die Folge ist, daß gegen ihn auch die nämlichen Einreden geltend gemacht werden können[1]).

3. Von Privaten werden Denuntiationen zu diesem Verfahren, wie sich aus dem Bisherigen ergibt, nur wegen öffentlich gefährlicher[1]), und nicht wegen anderer schwerer Delikte angenommen. Letztere können nur durch das förmliche Verfahren accusatorisch verfolgt werden. Hieraus erklärt sich, daß bei diesem Verfahren auch der Denuntiant, wofern nicht andere Einreden gegen ihn wirksam sind[2]), als Zeuge zugelassen wird.

[1]) In c. Cum oportet. 19. X. h. t. heißt es von den Denuntianten: »...quod illi, qui enormia de ipso suggesserant, typo malitiae potius, quam justitiae zelo ducti, nobis hujusmodi intimarunt: cum ipsi ejus sint inimici manifesti, et cum ejus hostibus conversentur, consanguineosque suos, ac complices intendant ad testificandum producere contra ipsum, qui ad denuntiandum, seu testificandum admitti non debent, utpote juramenti praestiti transgressores et aliis criminibus irretiti.« C. Cum dilectus. 20. X. eod: »...si vobis constiterit, praedictos ... publice concubinarios tunc fuisse ... vel ipsos conspirasse in eum, a denuntiatione repellatis eosdem.« Durand. lib. 3. de denunt. §. 2. n. 14.

[1]) C. Cum in juventute. 15. X. de praesumpt. (2. 23.): »...Licet igitur (illustris) rex Hungariae eundem episcopum nobis (interdum) per nuntios et litteras de tali crimine detulisset, postulans (suppliciter et instanter), ut malum hujusmodi perniciosum exemplo de Hungarica ecclesia tolleremus.« C. Ex parte. A. 7. X. de test. (2. 20.): »... qui publice fornicariam haberet.« Pirrh. h. t. n. 88. nennt sie »judicialis denuntiatio« und lehrt von ihr: »principaliter fit ob publicam vindictam seu punitionem criminis, ut satisfiat communitati laesae, in cujus injuriam quandam cedit, si ejus membra delinquant, adeoque per se directe procedit ex motivo justitiae vindicativae.«

[2]) §. 2. C. In omni. 4. X de test. (2. 20.)

Er ist nicht gerichtliche Partei. Hierin steht der Private als Ankläger dem denuntiirenden Beamten des römischen Rechtes und demjenigen gleich, der den Schuldigen auf frischer That ergriffen und vorgeführt hat. Ihm liegt daher auch die Beweisführung ob [3]), was persequi inquisitionem genannt wird [4]).

4. Ward auch bei diesem Verfahren gar kein oder kein vollständiger Beweis erbracht, so mußte, wie die angeführten Beispiele zeigen, nach dem älteren kanonischen Rechte, das zur Erwirkung eines Geständnisses die Peinigungen nicht kannte und vor dem neunten Jahrhundert für Fälle eines begründeten Verdachtes den Reinigungseid nicht als Beweismittel in Anwendung brachte, Freisprechung erfolgen. Es sind uns zwar Nachrichten von Strafuntersuchungen aus der früheren Zeit erhalten, bei welchen die Leistung eines Eides vorkam; allein dies war kein prozessualistischer Reinigungseid, wie die Betrachtung der einzelnen Fälle zeigt.

Der älteste Fall, auf den sich einige Stellen des Dekretums beziehen [1]), begab sich unter dem h. Augustinus in seinem Collegium. Ein Priester, Bonifacius, beschuldigte einen Kleriker in den niederen Weihen, Spes, einer sehr strafbaren Handlung, und dieser kehrte die Beschuldigung um. So konnte, da andere Beweise nicht vorlagen, keine Entscheidung ergehen. Der Vorfall erregte großen Anstoß und schmerzte den heiligen Augustinus tief. Er schrieb darüber an den Klerus und das Volk zu Hippo: »Proinde, charissimi, in isto scandalo, quo de Bonifacio presbytero nonnulli perturbantur, non vobis dico, ut non doleatis. Qui enim ista non dolent, non est in eis charitas Christi; qui autem etiam de talibus gaudent, abundat in eis malignitas diaboli: Non, quia in memorato presbytero apparuit aliquid, quod dignum damnatione judicaretur, sed quia duo de domo nostra talem habent causam.

[3]) §. 1. Not. 5. u. 10. Tit. 1. §. 7. Not. 3. u. 4. C. Veritatis. 8. X. de dolo. (2. 14.): »... (denuntiatus episcopus) »experiri cum canonicis in jure neglexit .... (delegati) »partibus citatis ... testes admittentes ... per quos quemlibet articulum criminum praedictorum constat fuisse probatum.«

[4]) C. Cum oporteat. 19. X. h. t.: »... nec ad persequendum inquisitionem ... admittatis.« Gl. in cas.: »Nota, quod inimici non admittuntur ad denuntiandum,« v. inimicos: »Patet hic, quod inimici nec ad prosequendam inquisitionem vel testimonium admittuntur, vel ad denuntiandum sive accusandum.«

[1]) C. Quantumlibet. 9. D. 49. C. Nomen presbyteri. 12. C. 2. Q. 1. C. Quid obest. 50. C. 11. Q. 3. S. August. a. 404. Epist. 137. Ad clerum et univers. pleb. Hippon.

ut unus eorum sine dubio perditus habeatur, et sit alterius fama apud quosdam mala, apud quosdam dubia, etiamsi non sit maculata conscientia. Dolete ista, quoniam dolenda sunt. Non tamen sic, ut eo dolore vestra charitas a bene vivendo refrigescat, sed potius ad Dominum deprecandum inardescat, ut, si innocens est presbyter noster, quod magis credo, quia, cum sensisset alterius motum impudicum et immundum, nec consentire voluit nec tacere, cito eum sua divina sententia manifestatum ministerio proprio repraesentet; si autem male sibi conscius, quod suspicari non audeo, voluit alterius existimationem laedere, cum ejus pudicitiam contaminare non posset, sicut dicit ipse, cum quo habet causam, non eum permittat suam occultare nequitiam, ut, quod homines invenire non possunt, de quolibet eorum divino judicio propaletur.« Worin dieses Gottesgericht bestand, gibt er an, indem er so fortfährt: »Cum enim ista me causa diu cruciasset, nec invenirem, quomodo unus e duobus convinceretur, quamvis magis presbytero credidissem, cogitaveram primo, sic ambos Deo relinquere, donec in uno eorum, qui mihi suspectus erat, aliquid existeret, unde non sine justa et manifesta causa de nostro habitaculo projiceretur. Sed cum promoveri in clericatu, sive illud per me, sive alibi per literas meas vehementissime conaretur, ego autem nullo modo adducerer ei homini, de quo tantum mali existimarem, manus ordinationis imponere, aut per commendationem meam alicui fratri meo eum subintroducere, turbulentius agere coepit, ut, si ipse in clericatu non promoveretur, nec presbyter Bonifacius in suo gradu esse permitteretur. In qua ejus provocatione, cum viderem Bonifacium nolle quibuslibet infirmis et ad suspicionem propensis de suae vitae dubitatione scandalum fieri, paratumque esse honoris sui apud homines damnum perpeti potius, quam in ea contentione, in qua non posset ignorantibus et dubitantibus vel ad male suspicandum proclivioribus suam demonstrare conscientiam, usque ad ecclesiae perturbationem inaniter progredi, elegi aliquid medium, ut certo placito se ambo constringerent, ad locum sanctum se peregrinaturos, ubi terribiliora opera Dei non sanam cujusque conscientiam multo facilius aperirent et ad confessionem vel poena vel timore compellerent. Ubique quidem Deus est et nullo continetur vel includitur loco, qui condidit omnia, et eum a veris adoratoribus in spiritu et veritate oportet adorari, ut in occulto exaudiens in occulto etiam justificet et coronet. Verumtamen ad ista quae hominibus visibiliter nota sunt,

quis potest ejus consilium perscrutari, quare in aliis locis haec miracula fiant, in aliis non fiant? Multis enim notissima est sanctitas loci, ubi beati Felicis Nolensis corpus conditum est, quo volui, ut pergerent, quia inde nobis facilius fideliusque scribi potest quidquid in eorum aliquo divinitus fuerit propalatum. Nam et nos novimus Mediolani apud memoriam sanctorum, ubi mirabiliter et terribiliter daemones confitentur, furem quendam, qui ad eum locum venerat, ut falsum jurando deciperet, compulsum fuisse confiteri furtum et, quod abstulerat, reddere.« Da der h. Augustinus eine Benachrichtigung von dem Ausgange der Prüfung erwartete, setzte er die Betheiligung Anderer daran voraus, nämlich die Eidesabnahme an dem Grabe des h. Felix über die Schuld oder Unschuld des Schwörenden, und sah einer Entscheidung durch eine wunderbare Einwirkung zum Geständnisse oder durch eine wunderbare Bestrafung des falschen Schwures entgegen. So war ihm diese Eidesleistung das Gottesgericht, und ihre Auflage nannte er eine noch schwebende Berufung, relatio pendens [2]), an das höchste Gericht, dessen Entscheidung abgewartet werden müsse. Die Eidesauflage stand zwar mit der Untersuchung der Anklage in Verbindung, sie war aber nicht eine Ergänzung derselben und kein gerichtliches Beweismittel. Denn der h. Augustinus hatte sie nicht durch einen richterlichen Spruch auferlegt, sondern er hatte vielmehr beschlossen, die Beiden vorerst noch zu beobachten und zu ermitteln, welchen von ihnen er aus seinem Hause entlassen sollte, und erst als der ihm Verdächtige ungestüm auf Beförderung drang und das Aergerniß arg geworden war, verfiel er auf die Auskunft durch den Eid. So war denn diese Eidesauflage eine Anordnung im Wege der Verwaltung.

Unter dem h. Gregor kamen zwei, an und für sich zwar ganz verschiedenartige, doch hinsichtlich der Frage nach dem Eide als Beweismittel analoge Fälle in Betreff der Bischöfe Leo zu Catina auf Sicilien und Menna in Campanien [3]) vor. — Ueber Leo's standeswidriges Leben hatten seine Feinde einen nachtheiligen Ruf verbreitet. Die Untersuchung

---

[2]) C. Nomen presbyteri. 12. C. 2. Q. 1: ». . . ne divinae potestati, sub cujus examine causa adhuc pendet, facere viderer injuriam, si illius judicium meo vellem judicio praevenire, quod nec in negotiis saecularibus judices faciunt, quando causae dubitatio ad majorem potestatem refertur, ut pendente relatione aliquid audeant commutare.«

[3]) Nach Andern zu Toulouse in Frankreich, worauf hier nichts ankommt. Berard. II. c. 59. Sect. 14.

über die angebrachten Beschuldigungen wiesen ihn nicht als schuldig aus. Es hätte also ein unbedingt freisprechendes Urtheil ergehen müssen; allein der h. Gregor ließ ihn, 592, am Grabe des h. Petrus noch einen Eid leisten. Von dieser Auflage bemerkt er, sie sei zum Ueberflusse, ex abundanti, geschehen, um alles Bedenken zu heben, drückt seine hohe Freude über diesen Beweis der Unschuld aus und empfiehlt dem Prätor Siciliens, keinen Verdacht mehr in sich bestehen zu lassen und in dem Bischofe mit Ergebenheit Gott zu ehren, dessen Diener er sei [4]). — Worin die Beschuldigungen gegen Menna bestanden, ist nicht angedeutet; aus dem Umstande jedoch, daß sie von dem h. Gregor selbst und zwar einer so strengen Untersuchung unterzogen wurden, läßt sich vermuthen, daß sie schwere amtliche Excesse oder ein standeswidriges und anstößiges Verhalten betrafen. Er ward ebenfalls in keiner schuldig erfunden; doch mußte er sich, 603, wie Leo, überdies noch durch einen Eid am Grabe des h. Petrus reinigen [5]). Da auch hier keine Schuld erwiesen war, so hätte nach strengem Rechte Freisprechung erfolgen müssen; der h. Gregor ordnete aber, nicht aus gesetzlicher Nothwendigkeit, sondern, wie dort, aus Rücksicht auf die amtliche Wirksamkeit des Beschuldigten und auf das unentbehrliche Vertrauen seiner Untergebenen zum Ueberflusse noch eine Eidesleistung an. Und diese ist ebenfalls nur als eine Maßregel im Wege der Verwaltung anzusehen.

In der Untersuchung gegen Maximus, Bischof zu Salona in Dalmatien, von 594 bis 599, kam eine ähnliche Reinigung vor. Er war vor dem h. Gregor angeklagt, durch Simonie, durch Anfertigung und Gebrauch einer falschen kaiserlichen Urkunde und durch Gewaltanwendung zu dem bischöflichen Sitze gelangt zu sein, auch hatte er sich, ungeachtet der päpstlichen Exkommunikation, kirchliche Amtsverrichtungen erlaubt [6]). Die endliche, durch administrative Verhandlungen unter kaiserlichem Einflusse herbeigeführte Entscheidung lautete dahin: er müsse sich wegen der Simonie durch einen Eid vor zwei Zeugen reinigen, wegen der übrigen

[4]) C. Habet hoc. 6. C. 2. Q. 5.

[5]) C. Mennam. 7. pr. ibid.: »... in nullo invenimus culpabilem esse, qui insuper ad sacratissimum corpus beati Petri apostoli sub juramento satisfaciens, ab his, quae objecta ejus opinioni fuerant, se demonstravit alienum, reverti illuc purgatum absolutumque permisimus.«

[6]) Berard. tom. II. par. II. pag. 21. 27. 41. 42 44.

Beschuldigungen aber solle er am Grabe des h. Apollinaris zu Ravenna bloß antworten, daß er unschuldig sei [7]).

Dritter Titel.

Voruntersuchung. General- und Spezial-Inquisition. Reatus.

1. In den bisher vorgetragenen Lehren über das Accusations-Verfahren, das solenne sowohl, als das summarische, ist von einer Voruntersuchung, General-Inquisition, inquisitio generalis, im Gegensatze zu einer speziellen, inquis. specialis, genannt, noch keine Erwähnung geschehen. Da eine solche von den Kanonisten und den Criminalisten besprochen wird, so kann sie schon um dessen willen hier nicht übergangen werden.

Jedes concrete Strafverfahren setzt einerseits das Vorhandensein eines Deliktes und andererseits eine Person voraus, die als dessen Urheber angesehen werden kann. Die Ermittelung der Thatsachen, aus welchen sich die Gewißheit, daß ein Delikt begangen ist, ergibt, und der Gründe, die auf ein bestimmtes Individuum als dessen wahrscheinlichen Thäter schließen lassen, ist eine Untersuchung, die ebenfalls quaestio und inquisitio genannt wird [1]). Da sie dem Anklageverfahren voraufgehen muß, kann sie die Voruntersuchung heißen, im Gegensatze zu der ganz speziellen Untersuchung über die Schuld des Beschuldigten beim Beweisverfahren betrachtet, kann sie, weil diese eine spezielle, inq. specialis ist,

[7]) C. Quanto. 8. C. 2. Q. 5: »... Si Maximus Salonitanus praestito sacramento firmaverit, se simoniacae haeresi non teneri, atque de aliis ante corpus sancti Apollinaris tantummodo requisitus innoxium se esse responderit.« In c. Qua de causa. 9. ibid. an den Bischof zu Ravenna heißt es: »... si idem Maximus coram vobis et praedicto chartulario nostro de simoniaca haeresi praestito se sacramento purgaverit, atque de aliis ante corpus sancti Appolinaris, ut scripsimus, tantummodo requisitus, liberum se esse responderit.«

[1]) Fr. Cum aliter. 1. §. 24. D. ad SC. Silan. (29. 5.): »Item illud sciendum est, nisi constet, aliquem esse occisum, non haberi de familia quaestionem. Liquere igitur debet, scelere interemptum, ut senatusconsulto locus sit.« §. 25: »Quaestionem autem sic accipimus, non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem et defensionem mortis.«

auch die General-Untersuchung, inq. generalis, genannt werden, wie üblich ist[2]).

Beim solemnen Accusations-Verfahren nun war diese General-Inquisition sowohl, als die spezielle, das Geschäft des Anklägers[3]). Schon in seinem Anklagelibell mußte er das Delikt mit den erheblichsten Umständen angeben und den Thäter bezeichnen, und das Delations-Verfahren konnte über die Wirklichkeit einer strafbaren Handlung kein Bedenken mehr bestehen lassen, zumal darin die Gründe vorgetragen werden mußten, die den Richter bestimmen konnten, den anwesenden Beschuldigten für den vermuthlichen Thäter zu halten. So konnte denn bei einem solchen Prozesse von einer General-Inquisition in dem oben angegebenen Sinne nie gesprochen werden, oder sie war in dem Delations-Verfahren mit eingeschlossen.

Das Nämliche gilt auch vom summarischen Verfahren. Hatten die von den Unterbeamten in ihren Notorien niedergelegten, oder die von Privaten bei der Ueberlieferung ergriffener Verbrecher zu den Akten gegebenen Thatsachen einen Zweifel in Beziehung auf das Obwalten eines Deliktes oder auf die beschuldigte Person gelassen, so mußte er, wie bei der Delation, so bei dem richterlichen Verhöre des Beschuldigten in jener Gegenwart verschwinden, und ergab sich eine Unwahrheit, so waren die Beamten und die Ankläger verantwortlich. Hierin hatte das kanonische Verfahren nichts Abweichendes, und selbst bei Denuntiationen von Privaten war eine General-Inquisition nicht Bedürfniß. Und so gehört sie eigentlich nicht in die Lehre vom kanonischen Strafverfahren. Sie ist nur das Erzeugniß des weltlichen Strafprozesses, wie er sich aus dem summarischen römischen Prozesse durch die Aufnahme des Grundsatzes, daß der Staat im Interesse der gesellschaftlichen Sicherheit jedes schwere Delikt verfolgen müsse, entwickelt hat. Die Kirche hatte die gesellschaftliche Sicherheit nicht zur Aufgabe und nahm sich diesen Grundsatz nicht zur Norm, wurde daher auch nicht auf die Nothwendigkeit einer Voruntersuchung geführt. Ihr dem gesellschaftlichen analoges kirchliches Interesse machte ebenfalls ein Bedürfniß fühlbar, welchem später das inquisitorische Verfahren abhalf, das aber mit dem neuern accusatorischen so wenig, als mit dem ältern gemein hat.

---

[2]) Carpz. Q. 106. n. 10. 11.

[3]) Cic. pro A. Cluent. c. 68. §§. 176. 177. — B. 4. T. 2. §. 2. Not. 8. 4. T. 5. §§. 4. 5. B. 5. T. 1. §§. 2. 3. 7.

2. Endlich kommt die **Versetzung in den Anklagestand** als eine bestimmte Handlung beim Denuntiations-Verfahren nicht vor, auch ist keine Handlung bezeichnet, als mit welcher der Reatus eingetreten gelten soll, woher es denn nicht genau bestimmt ist, von wann ab die Folgen desselben, deren doch erwähnt werden, als wirksam anzusehen sind. Vorerst ist gewiß, daß ihr Eintritt nicht schon mit der Thatsache der Denuntiation und ohne richterliche Handlung angenommen werden darf, weil so wichtige Rechtsnachtheile nicht von der Willkür Einzelner abhängig sein können. Hingegen empfiehlt sich die Annahme, der Reatus trete mit einer richterlichen Handlung ein, die jener bei der Versetzung in den Anklagestand bei der Delation analog ist. Diese selbst besteht aber in dem Beschlusse der Eintragung des Beschuldigten als Reus, das heißt, als einen Solchen, gegen den ein Accusations-Prozeß Statt finden solle. Der Beschluß ist durch den vermöge der Delations-Verhandlungen begründeten Verdacht gegen den Beschuldigten bedingt. Wenn daher der Richter in Folge der Prüfung der Denuntiation den Denuntiaten als den wahrscheinlich Schuldigen erkennt und eine Untersuchung gegen ihn beschließt, so befindet sich dieser in der nämlichen Rechtslage, wie der Delat. Dieser Beschluß ist beim Richter, bevor er andere Handlungen setzt, immer vorhanden; er braucht aber nicht immer ausdrücklich ausgesprochen und dokumentirt zu werden, sondern ist schon durch die Setzung einer Prozeßhandlung hinreichend kund gegeben. So träte der Reatus mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung desselben ein. Diese Auffassung bestätigen einzelne schon vorgekommene Angaben. Nach beendigter Voruntersuchung beschloß der Senat am 3. December 63 die Verhaftung der Catilinarischen Verschwörer [1]). Das Nämliche verordnete Constantius gegen einen vorgeführten Verbrecher nach dessen vorgängigem Verhöre zu Protokoll [2]). Aus den Worten des h. Gregorius: »Valde grave est, ut vir, de quo tanta et talia nuntiantur, cum ante requiri et discuti debeat, honoretur« [3]), leiten die Kanonisten mit der Glosse die Folgen des Reatus, insbesondere die Irregularität ab. Diese bemerkt [4]): »Et sic ad ultimam partem tituli pertinet, cum etiam aliquis accusatur, aut denun-

[1]) Tit. 1. §. 2. Not. 2.

[2]) C. Si quis. 2. C. de custod. reor. (9. 4.). A. a. O. §. 5. Not. 11: ». . . auditus apud acta, cum de amisso constiterit, poenam carceris sustineat, atque ita postmodum eductus apud acta audiatur.«

[3]) C. Omnipotens. 4. X. h. t. a. 595.

[4]) Ibid. v. nuntiantur.

tiatur, vel etiam inquiritur, gravata est statim ejus opinio, ut interim non debeat promoveri.« und die Ueberschrift lautet: »Qui de aliquo crimine accusatur vel denuntiatur, interim promoveri non potest.« Beide Bemerkungen bezeugen zwar das geltende Recht, daß der Denuntiat, wie der Angeklagte, irregulär ist, lassen aber unbestimmt, mit welchem Momente dieses eintritt, und in der Stelle selbst finden sie für ihren Inhalt keine Stütze. Sie ist einem Schreiben an die Kaiserin Constantia über den oben erwähnten Bischof Maximus zu Salona [5]) entnommen. Maximus war aber nicht bloß wegen schwerer Delikte denuntiirt, sondern auch vom Papste exkommunicirt, setzte dessen ungeachtet die amtlichen Weihhandlungen fort, und die Verhandlungen gegen ihn waren schon geraume Zeit im Gange. In dieser Lage hatte der Kaiser Mauritius zu erkennen gegeben, Gregor möchte den Beschuldigten, wenn er vor ihm erschiene, ehrenvoll aufnehmen. Zu einer solchen Aufnahme vor Beendigung des Prozesses konnte sich Gregor nicht bestimmen [6]). Das honorare ist also mit Unrecht auf Aemterverleihung gedeutet worden. Brauchbarer ist die aus einem Schreiben Cölestin's gegen den Priester Daniel früher ausgehobene Stelle [7]). Daniel war nicht einfach denuntiirt, sondern auch schriftlich vorgeladen worden. Gegen ihn war also die gerichtliche Handlung der Vorladung gesetzt, dadurch denn das Strafverfahren gerichtlich anhängig geworden, er mithin in Anklagestand versetzt und in dessen Folge irregulär geworden.

Vierter Titel.

Die evangelische Denuntiation.

1. Neben der besprochenen Denuntiation, die ein eigentliches Strafverfahren ist, wird von den Kanonisten noch eine andere aufgeführt, die sie die evangelische nennen. Sie wird als eine Denuntiation eines Verbrechens zur Erwirkung der Buße und sittlichen Besserung des Verbrechers bezeichnet, gehört daher nicht in die Lehre über Strafver-

[5]) Tit. 2. §. 3. Not. 6

[6]) Gonzal. Tel. h. c.: ». . . Serenissimus Dominus discurrente jussione praecepit, ut eum venientem cum honore suscipiam.«

[7]) Tit. 2. §. 1. Not. 4.

fahren und kann nicht jener eigentlichen Denuntiation nebengeordnet werden. Die Kanonisten haben sie neben diese gestellt, weil sie ihr denselben Namen beilegten, indem sie eine nicht solemne, das heißt, ohne die accusatorischen Förmlichkeiten gemachte Anzeige eines Verbrechens bei den Vorgesetzten auch schon eine Denuntiation nannten [1]). Sie kann hier schon um deßwillen nicht ohne Besprechung gelassen werden, weil ihrer von den Kanonisten oft Erwähnung geschieht, und was diese von ihr lehrten, auf die Lehre von der eigentlichen Denuntiation Einfluß hatte.

2. Die evangelische Denuntiation beruht auf der Vorschrift des Heilandes [1]), daß, wenn sich ein Bruder gegen uns versündigt hat, wir ihn unter vier Augen zur Rede stellen sollen, um ihn zur Einsicht zu bringen und zu gewinnen; wenn er aber darauf nicht hörete, wir einen oder zwei Zeugen zuziehen, und, wenn er auch darauf nicht hörete, wir es der Kirche anzeigen sollen, und wenn er auch diese nicht hörete, er wie ein Heide und Zöllner zu meiden sei. Von ihrer evangelischen Quelle erhielt sie ihre Benennung [2]).

3. Die Vorschrift gibt in ihrem ersten Theile: „hat aber dein Bruder gegen dich gesündigt", zunächst dem Gekränkten selbst sein Verhalten gegen den Beleidiger an. Er soll gegen ihn nicht Rache üben und auf Vindikativstrafen bringen, sondern aus Liebe gegen ihn als Bruder ihn zur Einsicht zu bringen suchen und endlich nur eine kirchliche Einwirkung auf ihn erstreben. Diese Anzeige ist an sich, wie die vorausgegangene Ermahnung, caritativa admonitio, die Frucht der brüderlichen Liebe und bezielt nur Zurechtweisung und Besserung [1]). Aus dem Beweggrunde der Liebe kann aber nicht bloß der Gekränkte, sondern auch jeder Andere gegen fremde schwere Versündigungen zur Anzeige bei der Kirche schreiten. In diesem Sinne bespricht der h. Augustinus die De-

[1]) Wüstner, inst. Canon. h. t. n. 56. 57. Engel. h. t. n. 28. 29.

[1]) Matth. 18, 15. 18.

[2]) Gl. zu c. Hoc videtur. 8. C. 22. Q. 5. v. indicavit: »et illa denuntatio dicitur evangelica.«

[1]) C. Novit. 13. X. de jud. (2. 1.): »... nullus, qui sit sanae mentis, ignorat, quin ad officium nostrum spectat, de quocunque mortali peccato corripere quemlibet christianum et, si correctionem contempserit, per districtionem ecclesiasticam coercere.« Gl. zu c. Qualiter. 24. X. h. t. v. forma: »... Denuntiatio vero regulariter fit ad poenitentiam peragendam, et ejus effectus sive finis est poenitentiae impositio; et tunc necessaria est caritativa admonitio .. alias repellitur denuntiator.«

nuntiation in zwei Stellen des Dekretums [2]). Wenn nun Jeder zur Anzeige berechtigt ist, so sind es auch die Vorgesetzten in der Kirche [3]), und das zwar von Amts wegen, da Handhabung und Förderung der Sittlichkeit ihnen obliegt.

In dem zweiten Theile der Vorschrift: „Wenn er aber auch die Kirche nicht hört, so sei er dir wie ein Heide und Zöllner", ist der Kirche Weisung für ihr Verhalten gegen den Schuldigen gegeben: sie muß ihn ebenfalls „zur Rede stellen", ihn warnen und ermahnen, und wenn er nicht Buße thut, von der Kirchengemeinschaft ausschließen [4]).

4. Unter der zugefügten Kränkung und der strafbaren Handlung überhaupt ist nicht eine leichte, sondern eine schwere Sünde zu verstehen. Denn nur solche können für uns die bezeichneten drei Schritte zur Genugthuung rechtfertigen und die in Aussicht gegebene Ausschließung aus der Kirche zur Folge haben, und nur auf solche beziehen sich die Bestimmungen der Kirche über die Exkommunikation nach dreimaliger Warnung.

5. Von dieser Denuntiation als Verfahren sind nach dem Vorgelegten voraufgängige Warnungen Vorbedingung [1]) und sittliche Besserung

[2]) C. Si peccaverit. 19. C. 2. Q. 1: »Si peccaverit, inquit, in te frater tuus, corripe eum inter te et ipsum solum. Quare? Quia peccavit in te. Quid est: in te peccavit? Tu scis, quia peccavit. Quia enim secretum fuit, secretum quaere, cum corripis, quod in te peccavit. Nam si solus nosti, quia peccavit in te, et eum vis coram omnibus arguere, non es correptor, sed proditor . . . .« §. 1: ». . . Sic agamus, et sic agendum est, non solum, quando in nos peccatur, sed etiam quando peccatur ab aliquo, ut ab altero nesciatur, in secreto debemus corripere . . .« §. 2: ». . . Hac caritate praediti esse debemus . . . Sed forte quod scis, et ego scio; sed non coram te corripio, quia curare volo, non accusare.« Die zweite Stelle, c. Hoc videtur. 8. §. 1. C. 22. Q. 5. enthält Aehnliches.

[3]) C. Tam sacerdotes. 14. C. 24. Q. 3. Ps. Isid.: »Tam sacerdotes, quam reliqui fideles, summam curam habere debent de his, qui pereunt, quatenus eorum redargutione aut corrigantur a peccatis, aut, si incorrigibiles apparuerint, ab ecclesia separentur.« Origenes tadelt die nachsichtigen Bischöfe als »sacerdotalis severitatis immemores,« welche die Sünder nicht zurechtweisen und die apostolische Vorschrift: »auferte malum ex vobis ipsis,« nicht befolgen. C. Sed illud. 17. D. 45.

[4]) C. Sed illud. 17. D. 45. Orig. c. a. 217: ». . . Neque illud evangelii implere student, ut, si viderint peccantem, primo secreto conveniant, post etiam duobus vel tribus adhibitis: quod si contempserit, et post haec ecclesiae correctione non fuerit emendatus, de ecclesia expulsum vel ut gentilem habeant ac publicanum.«

[1]) C. Cum dilectus. 20. X. h. t.: ». . . si vobis constiterit, . . . vel praefatum episcopum de jam dictis excessibus non fuisse praemonitum ab eis-

oder kirchliche Censur, die selbst wieder nur sittliche Besserung bezielt, der Endzweck. In beiden weicht sie von der eigentlichen Denuntiation ab und nur im Beweisverfahren stimmt sie damit überein, was indessen nicht als eine Eigenthümlichkeit anzusehen ist, sondern sich aus der Frage der Untersuchung von selbst ergibt[2]). Zwischen beiden Weisen besteht also nur eine sehr ferne Analogie, und dennoch wurden sie von den Glossatoren und mit ihnen von den späteren Kanonisten nicht selten mit einander verwechselt.

6. Gratian lehrt von der summarischen Accusation[1]): »Aliquando etiam sine inscriptione accusatio fieri potest«, und fügt zum Beweise den ersten Satz der oben[2]) aufgenommenen Constitution Gordians bei. Das hält die Glosse für unrichtig und äußert: »Hoc exemplum non valet, quia ibi non fit accusatio; loquitur enim in notorio crimine ista lex, quod solum officiati denuntiant; si enim denuntiat officialis aliud crimen, ei non creditur, nisi probet legitime«, zu dessen Nachweis sie sich auf die früher[3]) angeführte Constitution von Constantius über die bestellten Curiosi beruft. Ihr erster Satz ist irrig wegen unrichtiger Deutung der Notorien[4]), der andere ist in so weit richtig, als die Stelle des Codex auf die summarische Accusation bezogen wird, in so fern aber irrig, als sie voraussetzt, bei dem Unterschiede zwischen diesem und dem förmlichen Verfahren komme es auf die Beweisführung an. Hier zeigt sich also eine unrichtige Grundlage aus Mißverständniß und unklarer Auffassung, die sich denn durchlaufend kenntlich macht und die Dinge verwirrt. So kündigt Gratian seine Theorie über die Form des Accusationsverfahrens an einer andern Stelle[5]) mit dem Satze an: »De accusatione vero, qualiter fieri valeat, in canonibus aperte decernitur.«

dem . . . a denuntiatione (ipsa) repellatis eosdem.« C. Qualiter. 24. c. f. X. eod: ». . . sicut accusationem legitima debet praecedere inscriptio, sic et denuntiationem caritativa monitio.« C. Licet Heli. 31 X. de simonia. (5. 3.). C. Novit. 13. X. de jud. (2. 1.): ». . . et rex Angliae . . . ipse circa eum in correptione processit secundum regulam evangelicam.«

[2]) C. Novit. 13. X. de jud. (2. 1.): ». . . de plano cognoscant, utrum justa sit quarimonia, quam contra eum proponit coram ecclesia.«

[1]) Grat. §. 1. zu c. Nullus. 2. C. 4. Q. 4. Gl. v. per officiales.

[2]) B. 5. Tit. 1. §. 7. Not. 1. C. Ea quidem. 7. C. h. t.

[3]) B. 5. Tit. 1. §. 5. Not §. 7. Not. 4. C. Curiosi. 1. C. de curios. (12. 23.)

[4]) B. 1 Tit. 7. §. 2. Not. 4.

[5]) C. 2. Q. 8. Gl. v. de accusatione.

Daran knüpft die Glosse die Bemerkung: »Circa hoc notandum est, quod aliud est infamatio, aliud denuntiatio, aliud accusatio«, und verweist in Betreff der Denuntiation auf drei Stellen, wovon sich die eine[6]) auf die evangelische Denuntiation, die andere[7]) auf eine summarische Accusation bezieht und die dritte die[8]) besprochene Stelle Gratian's ist, verwechselt also beide Verfahren mit einander. Von der Accusation lehrt sie: »in ea inscribitur et subscribitur«, und zählt zu den Ausnahmen hiervon: »quando officium denuntiat crimen«, unter Berufung auf die oben[9]) erwähnte Constitution Gordians und wieder auf die Lehre Gratians[10]), welche letztere sie vorher auf die Denuntiation bezogen, die erste aber, wie erinnert, vom Notorium erklärt hatte. Sie fährt fort: »Et quidem denuntiationem praecedit admonitio, alias removetur denuntians a denuntiatione«, und führt dafür vier Stellen an. Davon betrifft die erste[11]) die evangelische Denuntiation, die drei andern sind Pseud-Isidorische[12]) über die Accusation, zu welchen sie denn ohne Bedenken accusatio als denuntiatio erklärt. In einer der oben[13]) erwähnten Stellen macht der h. Gelasius jeden Kleriker dafür verantwortlich, wenn er die Uebertretungen der apostolischen Vorschriften »non protinus ad aures romani pontificis deferre curaverit, probationibus duntaxat competenter exhibitis, ut transgressionis ultio fiat et ceteris interdictio delinquendi.« Nach Form und Inhalt kann hierbei nur an eine summarische Accusation gedacht werden; die Glosse erklärt das »deferre« als gleichbedeutend mit »denuntiare« und fügt bei: »Hic habes, quod aliquis cogitur accusare.« Ihr stehen also deferre, accusare und denuntiare in ihrer Bedeutung gleich.

Hiernach ist das System der Glossatoren dieses: der verschiedenen Strafverfahren gibt es drei, die Accusation, die Denuntiation und die Inquisition, wobei die erste als die selemne, die zweite dagegen als die summarische Accusation, oder die römische, »legalis«, und die evangelische Denuntiation aufgefaßt ist. Das ist auch mit seiner Unklarheit und Un-

[6]) C. Si peccaverit. 19. C. 2. Q. 1. — §. 4. Not. 4.

[7]) C. Quapropter. 47. C. 2. Q. 7.

[8]) Not. 1.

[9]) Not. 2.

[10]) Not. 1.

[11]) C. Super his. 16. X. h. t.

[12]) C. Si quis episcopus. 2. X. h. t. C. Accusatio. 15. C. Si quis erga 16. C. 2. Q. 7.

[13]) Not. 7. C. Quapropter. 47. C. 2. Q. 7. Gl. v. deferre.

bestimmtheit in einigen Stellen das System von Innocenz III. in den Dekretalen. In diesem doppelten Sinne verstehen auch mehre Kanonisten die Denuntiation und nennen die eine die evangelica, auch caritativa oder poenitentialis, die andere die judicialis [14]).

Die Kanonisten sprechen auch von einer denuntiatio canonica. Sie verstehen darunter diejenige, welche eingelegt wird, um eine bevorstehende unerlaubte Handlung, beispielsweise die Abschließung einer verbotenen Ehe, zu verhindern [15]). Veranlassung gab ihnen die Glosse aus Mißverständniß einer Stelle des h. Augustinus [16]). Da sie nicht hierhin gehört, kann auch nicht tiefer darauf eingegangen werden.

Fünfter Titel.

Verfahren bei Notorium.

1. Das Notorium als Strafprozeß ist das Verfahren, dessen Gegenstand ein Notorium als verbrecherische Thatsache ist. Die ganze Lehre über dieses Verfahren läßt sich auf den Satz zurückführen, daß die Bestrafung wegen Notoriums keines Anklägers und keines Beweises bedarf [1]).

Der erste Theil dieses Satzes bezieht sich auf das accusatorische Verfahren, das ohne Ankläger nicht Statt findet, und besagt, daß das Notorium auch ohne Ankläger vor sich gehen und zu einer Bestrafung führen kann, mithin zugleich auch alle Förmlichkeiten der Accusation und alle Einreden und Weiterungen, die gegen das Auftreten eines Accusators möglich sind, ausgeschlossen bleiben. Der zweite Theil des Satzes betrifft den递Haupttheil eines jeden gerichtlichen Verfahrens, das Beweisverfahren, und besagt, daß die Bestrafung einer notorisch verbrecherischen Thatsache keiner Beweisführung bedürfe. In wie fern indessen keine Beweisführung erforderlich ist, muß genauer erwogen und bestimmt werden. In dieser Allgemeinheit kann der Satz zu Irrthum führen.

2. Das Verfahren setzt vorerst das Vorhandensein eines Notoriums voraus; dieses Vorhandensein selbst aber ist eine Thatsache, die, wie jede

---

14) Pirrh. h. t. n. 88.

15) Engel. h. t. n. 30.

16) §. 2. Not. 2. C. Hoc videtur. 8. C. 22. Q. 5. v. indicavit.

1) B. 1. Tit. 8. §. 4. Not. 2. 3. C. Ad nostram. 21. X. de jurej. (2. 24

andere bewiesen werden muß [1]). Wird mithin das Notorischsein bestritten; so ist in dieser Beziehung die Beweisführung nicht zu umgehen. Da nun der Beschuldigte schon gegen diesen Beweis Einwendungen geltend machen kann; so muß er vorgeladen und gehört werden, was allein schon zu einem verhältnißmäßig ausführlichen Beweisverfahren führen kann.

3. Das Notorium selbst ferner muß ein solches nicht allein, was die Thatsache angeht, sondern auch hinsichtlich ihrer verbrecherischen Beschaffenheit wirklich und zwar so sein, daß in beiden Beziehungen keine Ausflucht mehr möglich ist. Sehen wir nun auf das faktische Notorium, notorium facti [1]), das hier allein in Betracht kommen kann, zurück, so zeigt sich, daß nur bei einer Art desselben, beim andauernden Notorium, notorium permanens, die Beweisführung als entbehrlich gelten kann.

Ein Mord, öffentlich vor Gericht oder außerhalb in Anwesenheit des Richters und einer großen Menge begangen, wäre nicht lediglich ein öffentlicher, homicid. publicum, sondern auch ein notorischer, hom. notorium facti transeuntis, und wäre physisch gewiß; allein das Verfahren dagegen wäre, auch wenn der Thäter nicht leugnete, nicht das in Rede stehende auf Notorium, sondern das summarisch accusatorische, wie gegen Verbrecher, die auf frischer That ergriffen sind. Vor Gericht begangen könnte der Mord, wie die dem Richter zugefügten Injurien, wofern nicht spezielle Gründe entgegen ständen, sofort bestraft werden [2]); allein der Grund des Straferkenntnisses wäre nicht die Notorietät, sondern die unmittelbare Gewißheit der That und ihr damit gegebener Beweis. Außerhalb des Gerichtes und in Gegenwart des Richters begangen, würde der Mord noch ein weiteres, und zwar summarisch accusatorisches Verfahren nothwendig machen. Denn durch seine Anwesenheit wäre der Richter selbst nur noch Zeuge; als Richter handelnd dürfte er aber nicht Zeuge sein und müßte sich durch die andern Mitzuschauer den Beweis erbringen lassen [3]). Und dieser Beweis wäre nur Zeugenbeweis aus unmittelbarer

---

[1]) Am a. O. §. 5. Not. 8.

[1]) Am a. O. §. 6.

[2]) Gl. zu Grat. ps. 5. C. Deus omnipotens. 20. C. 2. Q. 1. v. judicis: »Non sedentis pro tribunali. Si enim pro tribunali sederet, et contingeret, te aliquid facere, posset te statim punire, ac si probaretur per testes coram eodem.«

[3]) Grat. ps. 3. C. Manifesta. 17. C. 2. Q. 1: »Sed sciendum est, quod eorum, quae manifesta sunt, alia sunt nota judici, et incognita aliis; alia sunt manifesta aliis, sed occulta judici; quaedam vero sunt nota judici et aliis. Quae judici tantum nota sunt, sine examinatione fieri non possunt: quia dum accusatoris persona assumitur, judiciaria potestas amittitur. In una enim eademque causa nullus simul potest esse accusator et judex.«

Anschauung und auf physisch gewisse Kenntniß von der Thatsache, nicht auf Notorium. Ein solcher würde er auch sein, wenn der Richter nicht zugleich Zeuge gewesen wäre. Durch sein Geständniß würde der Thäter überführt und geständig, convictus et confessus; es wäre Beweis und Geständniß die Grundlage des Urtheils. — In jedem der drei Fälle träte also ein, wenn auch noch so summarisches, Beweisverfahren ein, und würde auf gegebenen Beweis, nicht auf Grund der Notorietät erkannt. Eine Beweisführung würde dann noch weniger zu umgehen sein, wenn der Thäter, der Oeffentlichkeit ungeachtet, leugnete. Das Leugnen würde freilich von geringem Erfolge sein; allein diese Beweisführung eben würde auf die Thatsache gerichtet sein [4]), und mit dem Beweise ihrer Autorschaft Seitens des Thäters wäre noch nicht ihre Strafbarkeit als Mord erwiesen. Es wäre die Möglichkeit obwaltender und die Schuld wenigstens mindernder Umstände noch nicht ausgeschlossen. Und aus diesem Grunde dürften dem Thäter Gehör und Vertheidigung nicht verweigert werden.

Besteht das Verbrechen in einem offenkundigen andauernden Verhältnisse und ist es damit ein notorium facti permanentis; so sind nicht die einzelnen verbrecherischen Handlungen, sondern die verbrecherische Verbindung, wie die Blutschande des Korinthers und die ehebrecherische Verbindung Lothars, ist der Gegenstand der Gewißheit und das unmittelbare Beweisobjekt. Daher bedarf es auch nur des Beweises von der Gewißheit Vieler von einer solchen Verbindung. Wie das Bestehen einer Ehe, könnte auch ein concubinarisches Verhältniß Vielen als unbestreitbar gewiß und ein notorium facti permanentis sein [5]). Einzelne strafbare Handlungen hingegen könnten Vielen bekannt und notorisch sein, ohne jedoch hinreichende Gewißheit von einem andauernden Verhältnisse und einer verbrecherischen Verbindung zu geben. Dann wäre ein notorium facti interpolati gegeben, und die einzelnen Handlungen würden als notorische erwiesen sein, daher denn auch als solche bestraft werden können. Damit indessen wäre noch nicht das Verbrechen des Concubinates bewiesen und als ein notorium facti permanentis zu behandeln. Gleiche

[4]) Grat. 5. ps. C. Deus omnipotens. 20. C. 2. Q. 1: »Quando autem crimen est notum judici et aliis, aliquando reus inficiatur actum: veluti si quis negaret, se interfecisse eum, quem sub oculis judicis in conspectu multorum interfecit. Hic, quia se reum negat, sine examinatione feriri non potest.«

[5]) C. Tua nos. 8. X. de cohabit. cler. (3. 2.): ». . . si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium.« Es handelte sich »de clericis publice concubinas habentibus,« und dieses Halten machte das crimen aus. Die Frage betraf nicht einzelne verbrecherische Handlungen.

Bewandtniß hat es mit dem Wucher. Der Betrieb eines geordneten Wuchergeschäftes kann nur als ein andauerndes Verhältniß aufgefaßt werden, mithin ein notorium facti permanentis werden; einzelne Wuchergeschäfte aber nicht. Letztere nun könnten als einzelne strafbare Handlungen beurtheilt werden, ihre Nachweise jedoch würde noch nicht die Annahme von Wucherbetrieb begründen, wenn nicht noch andere Beweismomente vorlägen.

Da nun überhaupt auch in unbestritten notorischen Fällen die Beweisführung zulässig ist, so ist sie in Strafsachen vorzuziehen [6]).

4. Es wurde auch gefragt, ob bei diesem Verfahren ein Spruch nothwendig sei; allein das kann nicht bezweifelt werden. Die Eigenthümlichkeit des Verfahrens beschränkt sich darauf, daß keine Anklage und keine Beweisführung in Betreff des Verbrechens selbst und unmittelbar erforderlich ist, und alle Stellen sprechen für ein Endurtheil [1]).

Sechster Titel.

Germanisches Strafverfahren.

1. Der Verbindung ist oben [1]) gedacht worden, in welche unter Karl dem Großen das römische Strafverfahren mit dem germanischen gesetzt worden ist. Das macht hier die Angabe von wenigstens den Hauptpunkten dieses letzteren nothwendig.

Der germanische Strafprozeß war ebenfalls accusatorisch und, wie der römische summarische, durch keine einleitende Förmlichkeiten beschränkt, im Uebrigen aber, namentlich im Beweisverfahren, wich er sehr davon ab.

Das Abweichende hinsichtlich des Beweises, worauf es hier vorzüg-

[6]) B. 1. Tit. 8. §. 6.

[1]) C. Ad nostram. 21. X. de jurej. (2. 24.). C. Cum dilectus. 15. X. de purgat. canon. (5. 34.): »... si crimen notorium existebat ... erat in eum condemnationis sententia promulganda.« Gl. zu c. Super eo. 3. X. de test. cog. (2. 21.) v. non requirant: »... sententia tamen necessaria est.« Zu c. Porro. 3. X. de divort. (4. 19.) v. notoria: »... Quo ad sententiam semper servandus est ordo juris.« Zu c. Evidentia. 9. X. h. t. v. non indiget. Fagnan. c. Vestra. 7. X. de cohabit. cler. (3. 2.)

[1]) Tit. 1. §. 1.

lich ankommt, besteht nicht darin, daß andere Beweismittel, als das römische Recht kannte, gangbar waren, oder daß diese nicht alle anerkannt wurden, sondern vielmehr in der Eigenthümlichkeit, daß der Beschuldigte, wenn er leugnete und kein Beweis erbracht war, unter Umständen zum Beweise seiner Unschuld angehalten wurde.

Die Nothwendigkeit der Nachweise der Negative setzte immer das Leugnen der That oder der Schuld voraus, konnte also nicht eintreten, wo Geständniß Statt gefunden hatte; ihre häufige Erwähnung bezeugt mithin das große Gewicht, das auf das Geständniß gelegt wurde. Indessen bringt es der Gegenstand des Prozesses als äußere Handlung mit sich, daß meistens nur von Zeugen[2]), die glaubwürdig sind, Meldung geschieht, auch Schlüsse aus gegebenen Thatsachen[3]) erwähnt werden.

Es kann nicht behauptet werden, daß die Unschuld nicht durch wirklichen Gegenbeweis hätte nachgewiesen werden können; doch werden als Mittel der Abwehr der Belastung für unbescholtene Freie nur der Eid oder der Kampf, und für Unfreie oder nicht glaubwürdige Freie der Kesselfang oder andere Ordale[4]) dieser Art genannt. Die Fälle, in welchen der Eid allein, oder bloß der Kampf, und die Art, wie jener zu leisten und dieser zu führen war, oder wo zwischen beiden die Wahl blieb, hatte das Gesetz bestimmt[5]). Die Eides-

[2]) Lex Alamann. Tit. 42. c. 1: »Si quis interpellatus ante ducem de qualicunque caussa, quod jam manifestum est tribus, vel quatuor testibus, aut de homicidio, aut de furto, aut de aliquo neglectu, quod illi testantur, qui boni testimonii sunt in plebe, nec fallaces, nec pecuniarum acceptores, sed veritatem volunt dicere, cognoscat hoc judex, quod tunc licentiam ille homo, qui mallatur ante eum, de caussa illa potestatem jurandi non habeat, sed sicut lex habet, in hoc judicio persolvat, ut propter suam nequitiam alii, qui volunt Dei esse, non se perjurent, nec propter culpam alienam semetipsos perdant.«

[3]) Lex Burgund. Tit. 2. c. 2: ». . . si forte a quocunque inlata vis fuerit, ut . . . occiderit, atque ita factum re ipsa, aut idoneis, quibus credi possit, testibus fuerit comprobatum, . . . cogatur solvere . . .« — Die Nothwehr kann zuweilen auch aus Thatsachen, re ipsa, erkannt werden.

[4]) C. Nobilis. 15. C. 2. Q. 5: »Nobilis homo, vel ingenuus, si in synodo accusatur, et negaverit, si eum constiterit fidelem esse, cum duodecim cogatur ingenuis se expurgare; si autem deprehensus sit in furto, aut perjurio, aut falso testimonio, ad juramentum non admittatur, sed, sicut qui ingenuus non est, ferventi aqua, vel candenti ferro se expurget.« C. Nobilis. 1. X. de purg. canon. (5. 34.)

[5]) So wird Lex Bajuvar. Tit. 8. c. 2. §. 2. für den Diebstahl angeordnet: »secundum quantitatem pecuniae juret«: wegen geringerer Beträge nämlich, nach §. 3

leistung insbesondere aber durfte der Richter nur dann gestatten, wenn er nach sorgfältiger Untersuchung keinen andern Beweis für die Wahrheit ermittelte [6]).

2. Zur Nachweise der Unschuld durch Eid oder Kampf führte eine andere Eigenthümlichkeit des germanischen Strafprozesses. Es konnte Einer wegen bloßen Verdachtes, oder auf den Grund der Berüchtigung, infamia, hin, und das zwar nicht allein wegen eines öffentlichen oder gemeingefährlichen, sondern auch wegen eines Privatdeliktes, in Untersuchung gezogen werden, welche ihm die ganze gesetzliche Strafe zuzog, wenn er sich nicht durch den Eid daraus befreite [1]). Wegen vorgeblichen Verdachtes [2]) hatte König Lothar die Theutberga des Ehebruchs beschuldigt. Als sie ihre Unschuld vor Gericht gesetzlich durch den Eid nachgewiesen hatte, drang Lothar ferner auf einen Zweikampf durch Vertreter [3]). Wie in diesem Falle, so war überhaupt zur Geltendmachung des Verdachtes nicht ein spezieller, ihn rechtfertigender Grund erforderlich, sondern es war ein allgemeiner und entfernter

---

»solus juret;« bei Beträgen von sechs Denaren bis zu einem Solidus §. 4: »cum sacramentali uno juret;« wegen noch höherer bis zu fünf Solidi §. 5: »cum sacramentalibus sex juret;« wegen eines Ochsen aber setzt §. 6 fest: »cum sex sacramentalibus juret, vel duo campiones pugnent.« Wegen noch höheren Betrages schreibt cap. 3. vor: »cum duodecim sacramentalibus juret . . . vel duo campiones propter hoc pugnent.« — Tit. 9. cap. 4. §. 4. heißt es wegen Brandstiftung: »cum campione se defendat, aut cum duodecim sacramentalibus juret.« Lex Ripuar. Tit. 2. 7. 8. 11. cap. 2: ». . . cum septuaginta duobus juret.« Lex Frision. Tit. 1. cap. 2: »Etsi negaverit, se illum occidisse, adhibitis secum XI. ejusdem conditionis hominibus, juret.« C. Nobilis. 15. C. 2. Q. 5. in c. Nobilis. 1. X. de purg. can. (5. 34.). Not. 4.

[6]) Lex Bajuvar. Tit. 8. cap. 16. §. 1: »Ut sacramenta non cito fiant, judex causam suam bene cognoscat, et prius veraciter inquirat, ut eum veritas latere non possit. Nec facile ad sacramenta veniatur.« §. 3: »In his vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam probationem discussio judicantis invenerit.«

[1]) Lex Burgund. Tit. 8. cap. 1: »Si ingenuus per suspicionem vocatur in culpam . . . sacramenta praebeat, et cum uxore et filiis et propinquis sibi duodecim juret.«

[2]) In dem Schreiben an Karl den Kahlen sagt darüber der Papst Nikolaus 867: »Illud vero, quod Lotharius Theutbergam de adulterio criminetur, quis non videat, dolo esse plenum et omni iniquitate.« Hard. tom. 5. pag. 278.

[3]) Nicol. epist. ad Car. Calv. Ibid. pag. 272: ». . . vult eam, . . . tanquam moechata fuerit, insimulare atque pro hoc hominem suum et hominem Theutbergae ad monomachiam impellere, et si homo ipsius reginae ceciderit, disponit hanc sine dilatione perimere . . . . Sed et nos hinc aliquid strictim volumus demonstrare,

hinreichend[4]). Um so mehr genügte ein verbreiteter übler Ruf, infamia[5]).

3. Wegen erheblicher Delikte wurde der Eid nicht bloß von dem Beschuldigten, sondern zugleich auch noch von Andern geleistet, die Eideshelfer, consacramentales, sacramentales, conjuratores, auch testes[1]) hießen. Ihre Zahl richtete sich nach dem Stande der Personen und der Schwere des Deliktes[2]) und konnte bis auf zwei und siebenzig steigen[3]). Sie mußten nicht bloß zeugenfähig, sondern auch von dem nämlichen Stande, oft von der nächsten Verwandtschaft[4]) sein. Ob der Eid zuständig war, erkannte der Richter und ordnete dessen Leistung an[5]). Bei

---

prius asserentes, quia de retroacta controversia Theutberga non debet ulterius ad iteratam responsionem provocari; quoniam quod bene semel diffinitum est et inpositis juramentis deliberatum, nulla debet iteratione, nisi fortassis ubi fuerit major auctoritas, retractari« (nur vor einem höheren Richter durch Appellation). C. Quod bene semel. 6. C. 6. Q. 4.

[4]) Der Bräutigam, der seine Braut verließ und eine Andere heirathete, mußte den Eltern jener die gesetzliche Composition entrichten und außerdem zugleich »cum duodecim sacramentalibus« schwören, »ut non per invidiam parentum ejus, nec propter ullum crimen eam dimisisset, sed propter amorem alterius alteram duxerit.« Lex Bajuv. Tit. 7. cap. 15. Es wurde nach keinem speziellen Grunde der Beleidigung gefragt, sondern der Beschuldigte mußte in dieser Beziehung seine Gesinnung selbst beweisen. — Wenn ein Sklave Jemanden auch ohne Wissen seines Herrn getödtet hatte, so mußte dieser die Composition entrichten und noch schwören, »hoc se non jussisse.« Lex Frision. Tit. 1. cap. 13. — Wenn Kinder im Bette der Eltern schliefen und todt gefunden wurden, so mußten die Eltern nachweisen, daß sie den Tod nicht verschuldeten. C. Consuluisti. 20. C. 2. Q. 5. — Wegen eines vorgegebenen Verdachtes mußte sich Theutberga, wie bemerkt, reinigen.

[5]) Conc. Tribur. a. 895. c. 22: »Si quis fidelis libertate nobilis aliquo crimine aut infamia deputatur, utatur jure, juramento se excusare. Si vero tanto talique crimine publicatur, ut criminosus a populo suspicetur, et propterea superjuretur, aut confiteatur et poeniteat, aut episcopo vel suo misso discutiente, per ignem candenti ferro caute examinetur.« Hard. tom. 6. pag. 446.

[1]) So in Lex Burgund. Tit. 45.

[2]) Lex Bajuv. §. 1. Not. 5. Lex Ripuar. Tit. 2: »Si quis ingenuus ingenuum percusserit ... cum sex juret.« Tit. 7: »Si quis ingenuus hominem ingenuum Ripuarium interfecerit . . . cum duodecim juret.« Tit. 8: »Si quis servum interfecerit . . . cum sex juret.«

[3]) Lex Ripuar. Tit. 11. cap. 2. §. 1. Not. 5.

[4]) Lex Burgund. Tit. 8. cap. 1. §. 2. Not. 1. Lex Bajuv. Tit. 7. cap. 15: ». . . cum duodecim sacramentalibus juret de suo genere nominatis.«

[5]) Lex Burgund. Tit. 8. cap. 3: »Si hi, quibus praesentibus judex jusserit dare sacramenta.«

der Auswahl wirkten die Parteien mit, was hier nicht näher zu erörtern ist, da es später für uns nicht hierauf ankommt.

Siebenter Titel.

Verbindung des germanischen mit dem römischen Verfahren.

1. Das germanische Verfahren wich in den drei wichtigen Punkten von dem römischen und dem kanonischen ab, daß der Angeklagte selbst, auch wenn kein hinreichender Beweis geliefert war, statt freigesprochen zu werden, seine Unschuld erhärten mußte, sodann, daß Jemand bloß wegen behaupteten Verdachtes in Beziehung auf jedes Delikt, war es ein privates, oder ein gemeingefährliches, oder ein öffentliches, in Untersuchung gezogen werden konnte, in welcher ihm die Beweislast für seine Unschuld oblag, wenn er der Strafe entgehen wollte, und daß endlich auf diese Weise der Verdächtigte der Verfolgung ohne allen Schutz durch das gerichtliche Verfahren ausgesetzt war. Hieraus erklärt sich der mehr als hundertjährige Widerstand der Kirche gegen die Bestrebungen der fränkischen Könige und insbesondere Karls des Großen, den germanischen Prozeß gegen die Priester, sacerdotes, episcopi et presbyteri, die nach dem kanonischen oder, was dasselbe ist, römischen Verfahren beurtheilt wurden, in Aufnahme zu bringen. Diese gewünschte Neuerung war an sich zu bedeutend und zu bedenklich, als daß ein Papst, geschweige denn der Episkopat eines Reiches, ohne Betheiligung der ganzen regierenden Kirche die Verantwortung zu übernehmen und die Durchführung zu hoffen wagte.

In der Kirche kam zwar auch zur Beseitigung eines Verdachtes am Schlusse des Prozesses die Ableistung eines Eides vor; allein sie war nur selten und bildete nicht die Regel, sie fand zugleich nur als Verwaltungsmaßregel zur Beruhigung der Gemüther der Gläubigen und zwar nur bei Bischöfen aus Rücksicht auf ihren großen Einfluß Statt, war als solche auch keine nothwendige und unausweichliche, sondern immer eine freiwillig übernommene, oder doch nur anempfohlene, machte insbesondere keinen wesentlichen Bestandtheil des Strafprozesses aus, konnte daher nicht, viel weniger mußte sie vom Richter auferlegt und von dem Beschuldigten

angetreten werden [1]). Den nach den Begriffen des römischen Rechtes unterrichteten und erzogenen Geistlichen mußte es als ein ungerechter und zugleich erniedrigender Druck erscheinen, dem Ankläger gegenüber, der seine Beschuldigungen nicht zu beweisen vermochte, auch selbst noch den Gegenbeweis führen und die eigene Unschuld durch einen Eid und durch Eideshelfer erhärten zu müssen. Die Nachtheile des Verdachtes gegen einen geistlichen Vorsteher in Gemeinden und Diöcesen, deren Wirksamkeit so sehr von dem Vertrauen der Untergebenen abhängig ist, können nicht in Abrede gestellt werden. Diese Erwägung zeigt die Nothwendigkeit von Vorkehrungen zur Abhülfe, rechtfertigt aber nicht eine ungerechte und nachtheilige, wie die germanische Reinigung. Von dem Standpunkte des Verdächtigten aus beurtheilt, kann einerseits als Rechtsforderung nicht bestritten werden, daß, wer ihn eines schweren Deliktes bezüchtigt und der Strafe unterwerfen will, die Schuld als Grund der Strafe und des Verdachtes nachweisen muß, und kann andererseits die Forderung an Andere als Pflicht nicht abgewiesen werden, ohne hinreichenden Grund nachtheiliges von ihm auch nur zu denken, viel weniger durch Verdacht die pflichtmäßige Gesinnung und das ihr entsprechende Verhalten gegen ihn schwächen zu lassen, oder gar mit Beschuldigungen öffentlich und gerichtlich aufzutreten. Faßt man zugleich ins Auge, wie erfinderisch und unermüdlich die menschliche Leidenschaft sein kann, so können die Gefahren nicht verkannt werden, die für Alle aus einem Straffystem entständen, das nur die Forderungen der subjektiv urtheilenden Ankläger zur Grundlage nähme, von den Rechten des Beschuldigten aber absähe und ihm keinerlei Schutz durch Förmlichkeiten des Verfahrens gewährte. Zu dem Allen kommt das große Bedenken, die Freisprechung des Beschuldigten von seinem Eide abhängig zu machen.

2. In einem Schreiben an die Bischöfe des Reiches vom Jahre 799 über Gegenstände der nächsten Berathung meldete Karl der Große, seinen, seiner Eltern und Vorfahren häufigen Bemühungen wäre eine sichere Lösung der Frage, wie gegen beschuldigte Priester bei Abgang des Beweises, wenn sie beharrlich leugneten, zu handeln sei, noch nicht gelungen, und deshalb wolle er Gesandte an den Papst Leo schicken [1]). —

[1]) Tit. 2. §. 4.

[1]) »Capitulare interrogationis ad episcopos de presbyteris criminosis.« A. 799. Auch in capitular. lib. 5. cap. 35: »Et hoc nobiscum magno studio pertractandum est, quid de illis presbyteris, unde approbatio non est, et semper negant, faciendum est. Nam hoc saepissime a nobis et progenitoribus atque

Eine endliche Entscheidung erfolgte auf dem Aachener Reichstage von 803 [2]). — Hiernach gehen die Verhandlungen wenigstens bis auf Karl Martel, 714—741, zurück. Mit ihnen stehen nebst andern folgende Vorgänge in Verbindung.

Der h. Bonifacius hatte den Papst Gregor II., wie wir aus dessen Antwort von 726 entnehmen, über eben die von Karl dem Großen den Bischöfen wieder vorgelegte Frage um Belehrung und Entscheidung gebeten und zugleich die germanische Ansicht berichtet. Gregor antwortete [3]), wenn ein Presbyter, oder jeder Sacerdos, also auch ein Bischof, vom Volke angeklagt würde und keine zuverlässige Zeugen vorhanden wären, welche die eingebrachte Anklage als auf Wahrheit beruhend erwiesen, so stünde ihm der Eid zu Gebote, und er sollte den als Zeugen seiner Unschuld vorführen, dem Alles unverhüllt und offen sei, und so sollte er in seinem Grade bleiben. Die Antwort spricht von einem Angeklagten, accusatus, und von einer anhängig gemachten peinlichen Untersuchung, crimen illatum, wobei die vorgeführten Zeugen wegen Abganges gesetz-

antecessoribus nostris ventilatum est, sed non ad liquidum hactenus definitum. Unde ad consulendum Patrem nostrum Leonem Papam Sacerdotes nostros mittimus. Et quidquid ab eo vel a suis perceperimus, vobis, una cum illis quos mittimus, renuntiare non tardabimus. Vos interdum vicissim tractate adtentius, quid ex his vobiscum constituamus una cum praedicti sancti Patris institutionibus, ut murmur cesset populi, et nos his satisfacientes, inlaesi, Domino auxiliante, ab utrisque maneamus.«

[2]) Capitulare Aquisgranense, sive capitulare primum anni DCCCIII. cap. VII. Auch in capitul. lib. 5. cap. 36. und in c. Omnibus. 19. C. 2. Q. 5. Hier äußerte Karl über die Bemühungen in dieser Sache: »Omnibus vobis visu aut auditu notum esse non dubitamus, quod saepissime, suadente antiquo hoste, sacerdotibus crimina diversa objiciantur. Sed quoniam, qualiter ex eis ab his rationabilis examinatio et satisfactio fiat, licet tempore bonae memoriae domini genitoris nostri Pipini, sive priscis temporibus a sanctis patribus et a reliquis bonae devotionis hominibus saepissime ventilatum fuerit, nos tamen pleniter et ad liquidum definitum reperire minime quivimus. Nostris quippe temporibus id ipsum a sanctis episcopis et reliquis sacerdotibus et caeteris ecclesiasticae dignitatis ministris, seu in aliis Deo degentibus, nobisque una cum eis agentibus, saepissime propter multas et nimias reclamationes, quae ex hoc ad nos ex diversis partibus venerunt, ventilatum est. Sed qualiter . . .«

[3]) C. Presbyter. 5. C. 2. Q. 5: »Presbyter, vel quilibet sacerdos, si a populo accusatus fuerit, et certi non fuerint testes, qui crimini illato approbant veritatem, jusjurandum in medio erit, et illum testem proferat de innocentiae suae puritate, cui nuda et aperta sunt omnia.« Hard. tom. III. Gregor. II. epist. ad Bonif. episc. cap. 3. pag. 1859, wo nach dem Worte »omnia« noch beigefügt ist: »sicque maneat in proprio gradu.«

licher Zuverlässigkeit, certi testes, nicht vollständigen Beweis für die Wahrheit lieferten; von einer gerichtlichen Verfolgung auf Grund einer bloßen Verdächtigung thut sie keine Erwähnung. Ihre Grundlage ist also einerseits der Gedanke an ein römisches Strafverfahren, und andererseits gibt sie keine Weisung für den Richter, was er zur Gewinnung einer juristischen Gewißheit thun solle, sondern vielmehr, was der Beschuldigte zum Erweis seiner Unschuld thun könne. Der als Auskunftsmittel bezeichnete Eid war also der früher bei Prozessen gegen Bischöfe selbst bei ganz unerwiesener Schuld vorgekommen und an sich ein ganz anderer, als ihn der h. Bonifacius aus dem germanischen Rechte kannte, er war nicht ein entscheidendes gerichtliches Beweismittel. Von der Ableistung dieses Eides endlich sollte es abhangen, ob der Beschuldigte in seiner Würde verbliebe; er sollte sie also bis dahin behalten, da er, wie sich noch zeigen wird, nach dem germanischen Verfahren mit der Eidesauflage ihrer verlustig war. Daher mochte Bonifacius seine Frage nicht gelöst gefunden und Bedenken getragen haben, die Weisung auf den germanischen Prozeß zu deuten und zur Anwendung zu bringen. Sie blieb auch wirklich unbekannt, bis sie 803, nachdem in der Sache die erwähnte allgemeine Entscheidung ergangen war, angerufen wurde [4]).

3. Zur Lösung der Frage stehen in unmittelbarer Beziehung zwei Beschlüsse des Frankfurter Reichstages von 794. Der eine betrifft die wirklich ergangene Verurtheilung eines Bischofes, der andere im Allgemeinen das Verfahren gegen einen Priester.

Ein fränkischer Bischof, Peter, war des Hochverrathes verdächtigt, seines Amtes entsetzt und zur Reinigung durch den Eid mit zwei oder drei Bischöfen, oder auch mit seinem Erzbischofe, verurtheilt worden. Da er Niemanden fand, der mit ihm schwören wollte, so bestellte er selbst,

---

[4]) Item aliud capitulum de purgatione sacerdotum, datum sub finem anni DCCCIII. Aquisgrani, ut videtur, quo se contulisse Karolum imperatorem, post habitum conventum Wormatiensem, colligitur ex annalibus Francorum Metensibus. — Auch in capit. lib. 7. cap. 281. »Omnibus vobis, tam praesentibus quam et futuris, scire cupimus, quia ideo consultu Sedis apostolicae, et omnium nostrorum Episcoporum ac reliquorum Sacerdotum, atque maxime cunctorum fidelium nostrorum, de purgatione criminatorum Sacerdotum tanta tractavimus, eamque cum testibus, sicut in anteriori capitulari nostro continetur, fieri decrevimus, quoniam nesciebamus, eandem causam a beato Gregorio Papa esse definitam. Nam cum Wormatia generalem conventum habuissemus, adlata est nobis a Riculfo, Mogonciacensi Metropolitano, epistola beati Gregorii Papae, in quo inter caetera continebantur haec: »De Presbytero vero .... sicque maneat in proprio gradu ...« Not. 3.

ohne gerichtliche Auflage und Ermächtigung, Einen seiner Leute, suus homo, welcher sich, nach Ableistung eines Schwures vor Gott durch den Bischof für seine Unschuld, einem Gottesurtheile unterziehen sollte. Der Bestellte trat das Ordal an, ohne Geheiß und Anordnung des Gerichtes, sondern aus eigener Entschließung, also ohne richterliche Auktorität, mithin ohne gerichtlichen Werth. Er ging indessen unversehrt daraus hervor. Der König ließ den Ausgang als eine Rechtfertigung gelten und setzte den Bestraften in seine früheren Ehren wieder ein [1]). — Daß sich von den übrigen Bischöfen Keiner an der Reinigung mit betheiligen wollte, ist nicht ihrer Meinung von der Schuld des Verdächtigten, deren Gegentheil man ja so leicht annahm, sondern es ist ihrer Abneigung gegen die Neuerung und das unkanonische Verfahren zuzuschreiben.

Der zweite Beschluß setzt fest, daß ein eines Verbrechens beschuldigter Priester von dem Bischofe nach kanonischer Vorschrift bestraft werden soll; könne aber, wird beigefügt, wenn er leugnete, der Ankläger den Beweis nicht liefern und die Sache nicht vor dem Bischofe entschieden werden, so solle sie vor den Reichstag gebracht werden [2]). Eine solche Sache konnte kanonisch zwar immer, auch wenn gar nichts als Beweis, oder wenn kein vollständiger erbracht war, entschieden werden, so nämlich, daß der Ankläger abgewiesen und der Angeklagte freigesprochen wurde; allein an eine Entscheidung durch Freisprechung ist bei dem Kapitel nicht gedacht. Mit ihr würde sich der germanische Ankläger nicht zufrieden

---

[1]) Capitulare Francof. datum in plena synodo, a. 794. cap. 7: »Definitum est etiam ab eodem Domino Rege, sive a sancta synodo, ut Petrus Episcopus contestans coram Deo et angelis ejus jur a r e t cum duobus aut tribus, sicut sanctionem suscepit, aut certe cum suo Archiepiscopo, quod ille in mortem Regis sive in regnum ejus non consiliasset, nec ei infidelis fuisset. Qui Episcopus, dum cum quibus juraret, non invenisset, e l e g i t s i b i i p s e , u t s u u s h o m o a d D e i j u d i c i u m iret, et ille testaretur absque reliquiis et absque sanctis evangeliis, solummodo coram Deo, quod ille innocens exinde esset et secundum ejus innocentiam Deus adjuvaret illum suum hominem, qui ad illud judicium exiturus erat. Et exivit tamen ejus homo ad judicium Dei, n e q u e p e r R e g i s o r d i n a t i o n e m, n e q u e p e r s a n c t a e s y n o d i c e n s u r a m, sed spontanea voluntate. Qui etiam a D o m i n o l i b e r a t u s, idoneus exivit. Clementia tamen Regis nostri praefato Episcopo gratiam suam contulit, et p r i s t i n i s h o n o r i b u s e u m d i t a v i t, nec passus est eum esse sine honore, quam prospexit de composito crimine nihil male meruisse.«

[2]) Capit. Francof. cit. cap. 37: »Si Presbyter in criminali opere fuerit deprehensus, ad Episcopum suum ducatur et secundum canonicam institutionem constringatur. Et si forte negare voluerit, et a c c u s a t o r c o m p r o b a t i o n e m d a r e n o n p o t u e r i t, et coram Episcopo definitum esse nequiverit, tunc ad universali consilio illorum ratio deferatur.«

gegeben, und kein Germane würde sie als eine Entscheidung des Streites haben gelten lassen. Solche Fälle sollten vor den Reichstag gebracht und selbstredend nach germanischem Rechte erledigt werden. So suchte man der Seitens der Kirche noch immer erhobenen Schwierigkeit auszuweichen, -- fünf Jahre vor dem Beginne der Verhandlungen mit dem Papste Leo.

4. Während die mit dem h. Leo 799 angeknüpften Verhandlungen noch schwebten, wurde er selbst in die Lage versetzt, einen Reinigungseid abzuleisten. Von seinen Feinden schwerer Delikte beschuldigt, verfolgt und gemißhandelt, flüchtete er sich zu Karl dem Großen, der ihn wieder nach Rom zurückbringen ließ. — Dort drangen seine Feinde auf eine Untersuchung durch ein Concil. Leo widersetzte sich ihr nicht, wünschte sie vielmehr; allein die anwesenden Bischöfe weigerten sich, gegen den Papst eine Untersuchung vorzunehmen und über ihn eine Entscheidung ergehen zu lassen. Unter diesen Umständen leistete er 800 am Grabe des h. Petrus in Gegenwart Karls des Großen, vieler Fürsten des fränkischen Reiches, vieler Erzbischöfe, Bischöfe und Aebte einen Reinigungseid [1]), worin er „Gott, vor dessen Gericht wir kommen werden, zum Zeugen anrief," daß er die ihm Schuld gegebenen Handlungen nicht begangen habe. Der Ableistung schickte er die Erklärung voraus, daß er den Eid nicht vermöge einer richterlichen Anklage, a nemine judicatus, nicht in Folge einer Nöthigung, coactus, sondern freiwillig zu seiner Reinigung ablege, spontanea mea voluntate purifico me. Durch diese freiwillige Uebernahme und dadurch, daß die Eidesleistung keine gerichtliche Beweishandlung war, unterschied sich denn auch dieser Eid wesentlich von dem germanischen Reinigungseide. Beweggrund und Zweck hatte er indessen mit demselben in so fern gemein, als auch dieser zur Beruhigung Anderer diente. Der heil. Leo gab nämlich an, daß er „den bösen Verdacht heben wolle", »propter suspiciones malas tollendas«, und damit Andere, „die feindseligen Gedanken ablegen möchten", »abscindatis rebelles cogitationes«. Endlich fügte er auch die ausdrückliche Verwahrung dagegen bei, als erkennete er diese Eidesleistung als kanonische Einrichtung an, »non quasi

[1]) C. Auditum est. 18. C. 2. Q. 5: »Auditum est, fratres carissimi, qualiter mali homines in me gravia crimina confinxerunt. Quamobrem ego Leo pontifex sanctae Romanae ecclesiae, purifico me in conspectu vestro coram Deo et angelis ejus: quia istas criminosas et sceleratas res, quas illi mihi objiciunt, nec perpetravi, nec perpetrari jussi. Hoc autem faciens, non legem praescribo caeteris, qua id facere cogantur.« Eine ausführlichere Nachricht haben die corr. Rom. ausgehoben.

in canonibus inventum sit«, und als sollte sein Verhalten seinen Nachfolgern und andern Bischöfen eine kirchliche Norm werden, »aut quasi ego hanc consuetudinem aut decretum in sancta ecclesia successoribus meis, nec non et fratribus et coepiscopis nostris imponam«.

Diesen Eid hat Pseudo-Isidor nachgebildet und dem Papste Sixtus zugeschrieben [2]), ihn jedoch in Verbindung mit Verhandlungen auf einem Concil über die erhobenen Beschuldigungen gesetzt, die Uebernahme aber als eine freiwillige bezeichnet und damit die Rechtsansicht seiner Zeit bezeugt.

5. Das Ergebniß der Verhandlungen mit dem apostolischen Stuhle verkündigte Karl der Große auf dem erwähnten Aachener Reichstage von 803. Unter Hinweisung auf die oben [1]) angegebenen und die andern früheren Verhandlungen äußerte [2]) er, was nach Berathung mit dem Papste Leo und den übrigen Bischöfen der römischen Kirche und anderen Priestern, mit orientalischen sowohl, als griechischen Patriarchen und vielen Bischöfen und Priestern, auch unter Beirath und Zustimmung fränkischer Bischöfe, Priester und Leviten, und nach Berathung mit den übrigen Vasallen und allen Kronräthen beschlossen worden sei, wollte er seinen Dienern beider Stände eröffnen. Der Beschluß war hiermit als von der ganzen regierenden Kirche unter der Oberleitung des Papstes und unter Zustimmung der Reichsstände gefaßt angekündigt, ward mithin als eine allgemeine Kirchensatzung und insbesondere als ein Reichsgesetz öffentlich bekannt gemacht.

Der Beschluß selbst [3]) aber setzt folgende drei Punkte fest: tritt gegen

---

[2]) C. Mandastis. 10. C. 2. Q. 5.

[1]) §. 2.

[2]) Capitul. Aquisgr. cit. cap. 7. in c. Omnibus. 19. C. 2. Q. 5: » . . . Sed qualiter consultu domini et patris nostri Leonis apostolici caeterorumque romanae ecclesiae episcoporum et reliquorum sacerdotum, sive orientalium et graecorum patriarcharum et multorum sanctorum episcoporum et sacerdotum, nec non et nostrorum episcoporum et sacerdotum ac levitarum auctoritate et consensu atque reliquorum fidelium et cunctorum consiliariorum consultu definitum est, vos omnes utriusque ordinis ministros scire volumus. Statutum est namque.«

[3]) Ibid.: » . . . Statutum est namque ratione et necessitate ac auctoritate praedicta, consultu omnium, ut quotiescunque cuiquam sacerdoti crimen imponitur, si ipse accusator talis fuerit, ut recipi debeat, quia, quales ad accusationem sacerdotum admitti debeant, in canonibus plene expressum est; si autem, ut dictum est, ille accusator, qui canonice est recipiendus, eum cum legitimo numero verorum et bonorum testium approbare in conspectu episcoporum poterit, tunc canonice dijudicetur, et si culpabilis inventus fue-

einen Priester, sacerdos, ein kanonisch zulässiger Ankläger auf, welcher den kanonischen Beweis erbringt, so soll die Sache nach kanonischer Vorschrift, canonice, entschieden, und der strafbar Erfundene kanonisch verurtheilt werden; — kann aber der Ankläger den oben angedeuteten Beweis nicht liefern, so soll auch darüber nach kanonischer Vorschrift entschieden werden. — Diese beiden Sätze enthalten und bestätigen das bis dahin übliche kanonische, sowohl das summarische, als das solemne Accusationsverfahren. Ihm wird in dem dritten, in Form einer Schlußfolgerung angeschlossenem Satze das neue vereinbarte Verfahren so hinzugefügt: ist also ein Priester seinem Bischofe, oder seinen übrigen Mitpriestern, oder braven und rechtschaffenen Leuten aus seinem Volke oder seiner Gemeinde verdächtig, suspiciosus, oder nicht glaubwürdig, incredibilis, so muß er sich gegen die Beschuldigung oder den Verdacht mit drei, fünf, oder sieben braven und benachbarten Priestern, nach dem Beispiele des Papstes Leo, der bei seiner Reinigung zwölf Priester, sacerdotes, hatte, oder mit noch mehren, wenn es sein Bischof für gut findet, oder es wegen der Unruhe im Volke für nothwendig erachtet, und mit andern braven und rechtschaffenen Leuten durch einen vor dem Volke auf die vier Evangelien abgeleisteten Eid reinigen und so gereinigt kann er wieder zu seiner Kirche gelangen.

In einem späteren Kapitulare ist das nun geltend gewordene Recht unter Berufung auf eine früher[4]) besprochene Stelle von Innocenz I. und auf den jüngsten Beschluß kürzer zusammengefaßt[5]).

---

rit, canonice damnetur. Si vero eum supradicto praetextu approbare ipse accusator minime poterit, et hoc canonice definiatur. Ipse ergo sacerdos, si suspiciosus aut incredibilis suo episcopo, aut reliquis suis consacerdotibus, sive bonis et justis de suo populo vel de sua plebe, hominibus fuerit, ne in crimine aut in praedicta suspicione remaneat, cum tribus, aut quinque, vel septem bonis ac vicinis sacerdotibus, exemplo Leonis papae, qui duodecim episcopos in sua purgatione habuit, vel eo amplius, si suo episcopo visum fuerit, aut necesse propter tumultum populi inesse prospexerit, et cum aliis bonis et justis hominibus se sacramento, coram populo super quatuor evangelia dato, purgatum ecclesiae reddat.«

[4]) T. 2. §. 1. Not. 1.

[5]) Aliud capitulare de purgatione sacerdotum, datum, ut apparet, post tempus superioris capitularis, eodem tamen anno, et ante synodum Wormaciensem. — Wiederholt in capit. lib. 5. cap. 370: »Presbyteros criminosos canonice ad synodum venientes jubemus, juxta decreta Papae Innocentii capitulo XXXIII. in medio collocari, discussisque objectionibus, quae ipsis Presbyteris impinguntur, si convinci potuerint, a sacerdotali removeantur officio, quia, qui sancti non sunt, sancta

Auf dem zweiten oben [6]) erwähnten Aachener Reichstage in demselben Jahre besprach Karl wieder die Verhandlungen über die Reinigung beschuldigter Priester, sacerdotum, und bemerkte, die Antwort Gregor's an Bonifacius, durch welche die Sache bereits entschieden gewesen, wäre ihm erst auf dem Wormser Reichstage von Rucolf, dem Erzbischofe von Mainz, mitgetheilt und bekannt geworden. Er fügte noch hinzu, dieses Alles überlasse er der gerichtlichen Entscheidung der Bischöfe nach kanonischer Vorschrift, so, daß sie ohne Verantwortung vor der Welt und vor Gott beständen [7]).

6. Vermöge des Ergebnisses der römischen Berathungen war also zunächst die Zulässigkeit des germanischen Reinigungsverfahrens in allen Gerichten der Kirche erklärt, für das fränkische Reich aber dessen Einführung beschlossen, zu deren wirklichen Ausführung die ergangenen Bekanntmachungen und genaueren Bestimmungen auf den Reichstagen die nächsten Schritte waren. Für die ganze Kirche sowohl, als für das fränkische Reich war jedoch nur die Anwendbarkeit des Prinzipes, nicht zugleich auch die germanische Form der Anwendung als Regel ausgesprochen. Ueber diese sagte der römische Beschluß nichts aus, und Karl der Große erklärte vielmehr die Freiheit der Bischöfe bei der praktischen Ausführung. Aus diesem Grunde läßt sich erwarten, daß das Verfahren nicht in allen Ländern sofort und zu gleicher Zeit, auch nicht überall gleichmäßig Anwendung fand. Die allgemeine Verbreitung und die Gleichförmigkeit förderten indessen der Einfluß der fränkischen Einrichtungen überhaupt auf die übrigen Völker, besonders das Beispiel der römischen Kirche und die Entscheidungen des apostolischen Stuhles, und zuletzt die Aufnahme, die dem Dekretum Gratians zu Theil geworden ist.

Das so entwickelte Reinigungsverfahren bestand bis zum Ende des zwölften Jahrhunderts fort. Die erste Aenderung durch seine weitere Ausbildung zum Inquisitionsverfahren durch Innocenz III. trat erst im

---

tractare non possunt, atque alicui efficiantur a ministerio, quod, vivendo inlicite, polluerunt. Et si convinci non potuerint, secundum anterius capitulum, consultu Leonis Papae et multorum Episcoporum statutum, cum aliis Presbyteris et fidelibus justisque hominibus satisfaciant Episcopo suo et populo.«

[6]) §. 2. Not. 4.

[7]) Ibid.: ». . . Ista vero omnia, quia vires nostras excedunt, in judicio Episcoporum juxta canonicam sanctionem definienda relinquimus, ut haec, quando orta fuerint, ita definire satagant, ut nec secundum seculum justam reprehensionem, nec penes Deum, quod absit, damnationem, sed aeternae beatitudinis, ipso auxiliante, qui omnia infucata praestat, praemia consequantur.«

letzten Monat des zwölften Jahrhunderts, 1199 [1]), ein. Sie traf indessen nur den einen Theil jenes Reinigungsverfahrens, da der andere, der des accusatorischen, unverändert blieb und bis auf den heutigen Tag noch in Geltung fortbesteht.

Die Nachweise dieser Aenderung ist nun zur Begründung des Inquisitionsverfahrens die Aufgabe unserer Besprechung. Zunächst aber schließt sich hier noch an, was zur Ergänzung der Lehre vom accusatorischen, dem förmlichen und dem summarischen, Verfahren über die Reinigung [2]) noch nachzutragen ist. Zuvor jedoch sei hier noch bemerkt, daß die Reinigung nicht auf Sacerdotes, Bischöfe und Priester, beschränkt blieb, sondern bald auf den ganzen geistlichen Stand, statum ecclesiast. specialem. auf den regulären sowohl, als den klerikalen, ausgedehnt worden ist [3]).

Achter Titel.

Purgations- und Infamations-Verfahren.

1. In seinem dritten Theile, in welchem der Kanon **Omnibus** das neue Verfahren anordnet, führt er das germanische Reinigungsverfahren in den kanonischen Strafprozeß für zwei Fälle ein, die von einander ganz verschieden sind. In dem einen wird die Durchführung einer anhängigen **Anklage** bis zum Schlusse, allein mit einem für den Richter nicht **überzeugenden Ergebnisse**, in dem andern aber eine aus bloßem **Verdacht** mehrer braven Leuten ausgegangene **Beschuldigung**, Verdächtigung, vorausgesetzt. Im ersten Falle nun soll die Eidesleistung oder die Eidesverweigerung das Fürwahrhalten des Richters bewirken, der Eid also den Beweis der Schuld, oder vielmehr der Unschuld, ergänzen; in dem andern soll er, da Verdacht nicht als Beweismittel gelten kann, diesen überwiegen, also das eigentliche Beweismittel der Unschuld sein, oder es soll die Nichtableistung des Eides den Verdacht rechtfertigen, mithin selbst das eigentliche Beweismittel der Schuld abge-

---

[1]) C. **Licet Heli.** 31. X. de sim. (5. 3.). IV. Non. Dec. 1199. (2. Dec.)

[2]) B. 4. T. 5. §. 6. B. 5. T. 2. §. 4.

[3]) C. **Si legitimi.** 12. C. 2. Q. 5. C. **Moniales.** 3. C. **Si quis de gradu.** 4. X. de purg. can. (5. 34.)

ben. Dort liegt also ein durch gerichtlich festgestellte und klar erkannte Gründe gerechtfertigter und eigentlicher Verdacht als Grundlage vor, hier dagegen nur ein Fürverdächtighalten, das auch ein rein subjektives und bloßer Argwohn sein kann, das keine andere Gewähr für sich hat, als die geglaubte Redlichkeit von den Mehren, mithin die üble Meinung, mala fama, infamia, in welcher der Beschuldigte bei ihnen steht. Beide so verschiedenartige Fälle müssen um so mehr von einander geschieden gehalten werden, als die Behandlung beinahe vier Jahrhunderte hindurch neben einander bestand und endlich die zweite in unser Inquisitionsverfahren überging, während die erste bis jetzt noch nicht aufgehoben ist. Letztere kann das Purgationsverfahren heißen, da denn die andere sich als Infamationsverfahren davon unterschiede. Zur Rechtfertigung dieser Bezeichnung mag hier noch Folgendes bemerkt werden.

2. Das Reinigen, purgare, besteht in dem Entfernen des eingemischten oder bloß anhaftenden Unreinen, insbesondere auch des äußerlich anhaftenden Fleckes, daher durch Uebertragung in der Abwehr der erhobenen Beschuldigung oder Verdächtigung, und damit zugleich des durch sie aufgehefteten Fleckes. In diesem Sinne ist Reinigung, purgatio, in den bisher angeführten Stellen, auch übrigens durchweg die technische Bezeichnung der Abwehr des Angriffes durch die Eidesleistung und wird die kanonische genannt. Der Grundbegriff dieser Reinigung ist mithin Vertheidigung, defensio, woher denn auch die durch Ordale die gemeine Reinigung, purgatio vulgaris, im Gegensatze zu der kirchlichen, genannt wird. Als Vertheidigung kommt der Ausdruck auch im römischen Strafprozesse vor. Darin hat aber Vertheidigung nicht die umfangreichere Bedeutung des germanischen Rechtes, sondern die genau begränzte von Abwehr der accusatorischen Beschuldigung auf den Grund und durch Angabe von Thatsachen als Anzeichen der Schuld, ist mithin Beseitigung objektiv vorgelegter Thatsachen als Beweisgründe der Schuld [1]),

[1]) Der wegen Giftmordes angeklagte Oppianicus hatte die Bestechung seiner Richter versucht, die ihm nur bei einem derselben gelang, so, daß er verurtheilt wurde. Später wurde A. Cluentius Avitus der Bestechung der nämlichen Richter in eben jenem Prozesse beschuldigt. In Beziehung hierauf sagt Cicero pro Cluent. c. 28. §. 64: »... si ostendo, ab Oppianico (nämlich: judicium corruptum), purgo Avitum.« In c. 1. §. 3. hatte Cicero von den Richtern gesagt: »... ut non existimetis, plus vos ad salutem reo largiri oportere, quam quantum defensor, purgandis criminibus, consequi et dicendo probare potuerit.« Tertull. sagt Apolog. c. 2: »... christianis solis nihil permittitur loqui, quod causam purget, quod veritatem defendat, quod judicem non faciat injustum.« Fr. Si quis reus. 5. pr. D. de publ.

und nicht Aufheben subjektiven Fürwahrhaltens oder Fürwahrannehmens. Mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des Beweisverfahrens durch Reinigung vermittelst des Eides könnte man das Verfahren in beiden Fällen ein Purgationsverfahren nennen; allein dann wären doch zwei ganz verschiedenartige Verfahren, das eigentlich römische durch Accusation mit der bloßen germanischen Ergänzung und das rein germanische auf Infamation, als gleichartig zusammen gestellt. Da nun das erste wegen des germanischen Zusatzes nicht neben dem rein accusatorischen schlechtweg als ein accusatorisches bezeichnet werden kann, so scheint es füglich als ein purgatorisches in die Mitte gestellt werden zu können. Mit dem einen hat es das Verfahren bis zum Schlusse, mit dem andern das Schlußverfahren durch Eidesauflage und Eidesableistung gemein.

3. Was nun das Purgations-Verfahren in dem eben angegebenen Sinne betrifft, so war der nächste Gegenstand der fränkischen Verhandlungen und des Endergebnisses die Frage nach der Erledigung der Sache, wenn bei dem Accusations-Prozeß der unverwerfliche Ankläger den Beweis nicht erbrachte[1]). Nach dem germanischen Prozesse hätte dann dem Beschuldigten der Reinigungseid auferlegt werden müssen; in dieser Strenge ging aber die Purgation nicht in das kanonische Recht über, sondern nur mit der Beschränkung, daß der Bischof, oder selbstverständlich der von ihm bestellte Richter, wenn ihm gegen den Angeklagten ein Verdacht bleibt, suspiciosus, und er seinen Aeußerungen keinen Glauben schenkt, incredibilis, den Eid auferlegen kann. In so fern ist also die Eidesauflage arbiträr.

Darüber ferner, ob Beweis erbracht sei, soll kanonisch erkannt werden. Die ganze Beweisführung und die Prüfung des als Beweis Erbrachten geht also nach den Regeln des kanonischen Beweisverfahrens vor sich, und es muß ein Spruch ergehen, ob Beweis kanonisch erbracht ist, oder nicht. Ist Beweis kanonisch erbracht, so erfolgt, wie immer, Verurtheilung; ist er nicht erbracht, so wird Freisprechung oder Eides-

---

jud. (48. 1.): »Si quis reus factus est, purgare se debet, nec ante potest accusare, quam fuerit excusatus.« In Beziehung auf die Rechtfertigung gegen möglichen Verdacht durch den Eid gebraucht der h. Gregor das Wort in dem oben, Tit. 2. §. 3. Not. 4. in Betreff des Bischofes Leo besprochenen c. Habet hoc. 6. C. 2. Q. 5. C. Illud. 5. D. 23.

[1]) Der Kanon des Mainzer Concils v. J. 852. in c. Si legitimi. 12. C. 2. Q. 5. spricht ebenfalls nur von diesem Falle in Beziehung auf Priester und Diakonen: »Si legitimi accusatores crimina . . . probare non potuerint et ipse negaverit.«

auflage erkannt. Diese hängt von dem Gewichte des als Beweis Vorgelegten, und nicht lediglich von der subjektiven Regung und Ansicht des Richters ab. Denn es muß Verdacht im juristischen Sinne, ein auf erwiesenen Thatsachen beruhendes Fürwahrscheinlichhalten, begründet sein. Ein begründeter wäre gegeben, wenn die vernommenen Zeugen nicht nach der kanonischen Strenge als vollgültige angesehen werden dürften, wie 1131 in der Untersuchung vor Innocenz II. gegen einen Bischof von Trient[2]). Wie weit in diesem Prozesse der Zeugenbeweis geführt war, läßt sich nicht errathen. Die Zeugen konnten an und für sich untadelhaft, doch aber als Laien bei einer Accusation gegen einen Bischof nicht ganz zulässig sein. Die Glosse stellt die Regel auf, wenn halber Beweis geliefert sei, könne die Reinigung auferlegt werden[3]).

Ist der Ankläger kein kanonisch zulässiger, so kann es in der Regel nicht einmal zu einem Beweisverfahren, daher denn auch nicht zur Gewinnung eines Urtheiles, ob Beweis erbracht sei, kommen; doch aber können Umstände zusammentreffen, die den Beschuldigten dem Richter verdächtig machen und diesen zur Auflage der Reinigung berechtigen. Solche Umstände lagen 1180 dem Papste Alexander III. vor[4]). Den Priester Mankonella beschuldigten der Priester Bonus und dessen Bruder der Simonie. Dieser Bruder konnte als Laie gegen den Priester nicht als Ankläger zugelassen werden, der Priester Bonus aber ebenfalls nicht, schon weil er in der Sache als Zeuge angeführt worden war, ferner weil sein erwähnter Bruder den Mankonella vor seinem Bischofe der Simonie beschuldigt, und vorzüglich darum, daß des Mankonella Bruder den Priester Bonus früher ebenfalls der Simonie wegen angeklagt hatte. Die gegenseitigen Beschuldigungen der beiden Priester und ihrer Brüder rechtfertigten aber eben so sehr den Verdacht ihrer Schuld, als ihrer Leidenschaft-

---

[2]) C. Quoties. 5. X. de purg. can. (5. 34.): ». . . accusatores ... testes secundum formam canonicam producere nequiverunt . . . Unde . . . . judicamus, ut . . . debeat se purgare.«

[3]) Zu dem c. Habet hoc. 6. C. 2. Q. 5. über den Bischof Leo bemerkt sie v. proprium: ». . . Melius dicas, quod iste (Leo) non tenebatur expurgare se. Nam cum inquisitio praecedit expurgationem, si per testes, per quos fit inquisitio, dicunt ipsum reum, statim punitur, nec auditur purgatio sua; sed si semiplene probant, tunc indicitur expurgatio.« Sie fügt noch bei: »Sed si per dicta testium nulla est suspicio contra ipsum, tunc non est onerandus expurgatione, ut hic.«

[4]) C. Cum P. Manconella. 10. X. h. t. (5. 1.): ». . . neutrum ad ejus accusationem admisimus, sed utrique presbytero de objectis criminibus purgationem duximus indicendam.« C. Cum P. Manconella. 7. X. de purg. can. (5. 34.)

lichkeit bei der Anklage, und brachten die beiden Priester in ein ähnliches Verhältniß zu einander, in welches sich die beiden Hausgenossen des h. Augustinus [5]) gesetzt hatten.

4. Nach der ersten Verkündigung des neuen Verfahrens und der buchstäblichen Bestimmung des Kanons Omnibus sollte die Reinigung öffentlich, coram populo, geschehen. Das konnte bei Erwägung des Eindruckes auf das geärgerte Volk als zweckmäßig erscheinen, hatte jedoch auch seine bedenkliche Seite, da ein von Einzelnen Angeklagter seinem Richter verdächtig geblieben sein konnte, ohne es dem Volke zu sein, wo denn die öffentliche Meinung nicht blos kein Bedürfniß gewesen, sondern der Verdacht des Richters zum Nachtheile des Volkes erst offenkundig geworden wäre. Bei der zweiten Besprechung fiel auch diese spezielle Bestimmung aus, und an ihre Stelle wurde die allgemeine aufgenommen, die Bischöfe sollten bei der Entscheidung nach ihrem Gewissen zu Werke gehen [1]). Daraus erklärt sich, daß auch eine Reinigung blos vor dem Gericht vorkommt [2]).

5. Die Reinigung geschieht in der angegebenen germanischen Weise mit gleichzeitig schwörenden Eideshelfern. Der Angeklagte schwört auf die vier Evangelien, das ihm vorgeworfene Verbrechen nicht begangen zu haben, die Eideshelfer schwören, daß sie seine Aussage für wahr halten. Sie müssen desselben Standes, wie der Angeklagte, sui ordinis, ehrenhaft und glaubwürdig [1]), zugleich seine Nachbarn sein [2]), das heißt, mit ihm in einer Beziehung stehen, daß sie sein Leben und sein Betragen kennen können [3]). Die Zahl ist auf drei und mehre angegeben, doch überhaupt beliebig, je nach den Umständen nämlich [4]).

---

[5]) T. 2. §. 3.

[1]) T. 7. §. 5. Not. 7.

[2]) C. De crimine. 1. C. 15. Q. 5. Stephan. a. 887: ». . . non publico examine, sed coram te et aliquantis reverendissimis presbyteris et diaconis tuae ecclesiae secreto juramento se purificet.« C. Quoties. 5. X. de purg. can. ». . . in vestra praesentia debeat se purgare.«

[1]) C. Cum P. Manconella. 7. X. de purg. can.: »... illius honestatis et opinionis esse volumus, quod verisimile sit, eos nolle amore vel odio, seu obtentu pecuniae pejerare.« C. De testibus. 13. X. eod.

[2]) C. Cum dilectus. 11. X. eod: ». . . personae vicinae sint et honestae.«

[3]) C. Cum P. Manconella. 7. X. eod: ». . . Ut autem idonei appareant, necesse est, ut ejus, quam purgare debent, vitam et conversationem agnoscant.« C. Inter sollicitudines. 19. X. eod: ». . . qui conversationem et vitam ipsius non tam moderno tempore noverint.«

[4]) C. Quoties. 5. X. eod: »... Ut tertia manu sui ordinis et quarta

Kann der Angeklagte keine Eideshelfer finden, weil er für schuldig gilt, so erliegt er in der Reinigung, deficit in purgatione, und das Urtheil muß gegen ihn gesprochen werden; gehen sie ihm hingegen ab, weil er fremd oder nur Wenigen bekannt ist, so würde seine Verurtheilung nicht als gerecht gelten können, vielmehr müßte sich der Richter mit dem Eide des Angeklagten zufrieden geben[5]). Verweigert er die Reinigung, so kann er nur so angesehen werden, als wäre er ihr erlegen, und ihn trifft die der Schuld entsprechende Strafe[6]).

Das Purgationsverfahren ist zwar nicht ausdrücklich aufgehoben, doch vor den kirchlichen Gerichten nicht mehr im Gebrauche[7]).

6. Die nämliche Verbreitung und allgemeine Aufnahme fand das Infamationsverfahren in der Kirche; jedoch nur in Beziehung auf Geistliche[1]), nicht gegen Laien. Das zeigt einerseits das Verhalten des h. Nikolaus I. 867. in dem Ehescheidungs-Prozeß Lothars gegen Theutberga, der nach kanonischem Rechte geführt wurde. Der von Lothar behauptete Verdacht wegen Ehebruches konnte zwar auch kanonisch geltend gemacht[2]), doch nicht durch Zweikampf[3]) oder durch einen Reinigungseid entschieden, sondern mußte auf accusatorischem Wege bewiesen und zur Entscheidung gebracht werden[4]). Auf diesem war der gesetzliche Kampf,

---

abbatum et religiosorum sacerdotum de supradicta simonia se debeat purgare.« Gl. ibid. in cas.: »... arbitrarius est numerus compurgatorum.« C. Cum P. Manconella. 10. X. h. t. (5. 1.): »... uterque illorum cum tribus sacerdotibus faciat se purgare.« Gl. ibid. v. cum tribus: »arbitrarius enim est numerus purgatorum, secundum arbitrium praesidentis et qualitatem infamationis.«

[5]) Gl. zu c. Cum P. Manconella. 10. X. h. t. (5. 1.) v. cum tribus: »... Quid, si non potest habere compurgationes? Distingue: si hoc contingat ex eo, quod est taliter infamatus, tunc puniri debet tanquam convictus ... si vero non potest habere, quia est advena, potest credi suo juramento, cessante probatione ... Quid, si habet bonos laicos? admittuntur.«

[6]) C. Cum P. Manconella. 7. X. de purg. can. et Gl. v. privare: »Qui deficit in probatione, pro convicto habetur, et punitur, tanquam probatum sit crimen.«

[7]) Giraldi. h. t. Sect. 894.

[1]) Tit. 7. §§. 5. 6.

[2]) C. Quamvis. 30. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.)

[3]) C. Monomachiam. 22. C. 2. Q. 5: »Monomachiam vero in lege non assumimus, quam praeceptam fuisse non reperimus.«

[4]) C. Sive de conjugii. 4. C. 33. Q. 2: »Sive de conjugii foedere, sive de adulterii crimine agendum sit, nulla ratio patitur, Theutbergam cum Lothario posse inire conflictum vel levissimum controversiae subire certamen, nisi prius ad tempus fuerit reddita suae potestati.« Statt der hier hervorgehobenen Worte

vis conflictus, und der rechtmäßige Streit, legitimum certamen, vornehmen, und waren dabei die Vorschriften der kanonischen und der römischen Gesetze zu beachten. Der bloße Verdacht gegen die eheliche Treue konnte also die Ehefrau durch den Mann in Anklagestand bringen, dann aber kam es darauf an, daß der Ankläger den kanonischen Beweis wirklicher Untreue erbrachte. Die einseitige germanische Eidesauflage war kanonisch so wenig anerkannt, als die Entscheidung durch den Zweikampf. Auch wegen anderer Vorgänge konnte kein Laie durch bloßen Verdacht im kanonischen Prozesse einer Reinigung oder einer Strafe unterworfen werden. Auf die Anfrage des Bischofes Humbert in Mainz über die Behandlung der Eltern, deren Kinder bei ihnen im Bette erstickt gefunden wurden, verwarf Stephan V. 886 nicht allein die Reinigung durch Eisen oder Wasser, sondern jede Untersuchung, alio quolibet examine, die durch den Eid nicht ausgeschlossen, weil ein Urtheil über Delikte nur auf eigenes Geständniß oder gehörig erbrachten Beweis zuläßig, Verborgenes aber dem Urtheile Gottes zu überlassen sei[5]). Andererseits war auch das germanische Infamationsverfahren ausdrücklich nur in Beziehung auf Geistliche in der Kirche aufgenommen worden[6]).

7. Geistliche aber konnten wegen des Verdachtes eines Einzelnen oder Mehrer diesem Verfahren nicht unterworfen werden, sondern gegen sie war deshalb nur das Accusations- oder das Purgationsverfahren zuläßig. Das bezeugt eine Entscheidung Stephan's V., 887, in der Untersuchung gegen einen Diakon, der eines Verbrechens verdächtigt war. Stephan unterscheidet die Untersuchung auf Grund eines Verdachtes, suspicio, von der wegen verbreiteten übeln Rufes, mala fama crebuerit.

---

ist zu lesen: »posse legalem inire conflictum, vel legitimum controversiae subire certamen.« Nicol. I. eqist. 50. ad Carol. Caev. Hard. tom. 5. pag. 273. — Die Stelle schließt mit dem Satze: »Itaque etiam locus providendus est, in quo nulla sit vis multitudinis formidanda et non sit difficile, testes producere vel ceteras personas, quae tam a sanctis canonibus, quam a venerandis romanis legibus in hujusmodi controversiis requiruntur.«

[5]) C. Consuluisti. 20. C. 2. Q. 5:] ». . . utrum ferro candente, aut aqua fervente, seu quolibet alio examine parentes se purificare debeant... Spontanea enim confessione, vel testium approbatione publicata delicta, habito prae oculis Dei timore, commissa sunt regimini nostro judicare. Occulta vero et incognita illi sunt relinquenda, qui solus novit corda filiorum hominum. Hi autem, qui probantur, vel confitentur talis reatus se noxios, tua eos castiget moderatio.«

[6]) T. 7. §§. 5. 6. — C. Consuluisti. 20. C. 2. Q. 5. Steph. V. a. 886.

Im ersten Falle solle der Angeklagte, wenn zulässige Ankläger, idonei accusatores, und kanonisch zulässige Zeugen, testes, quales sacri canones sanciunt, auftreten, vorgeladen, und wenn er eingestehe oder durch gesetzmäßige Zeugen überführt worden, solle ein kanonischer Spruch gegen ihn gefällt werden; leugnete derselbe, so solle die Sache kanonisch untersucht werden. Gestehe der Beschuldigte nicht, und träten keine Ankläger mit Zeugen auf, es hätte sich aber ein übler Ruf verbreitet, so müßte er sich heimlich reinigen [1]). Wegen Verdachtes von Einzelnen kann also nur ein accusatorisches, nicht das Infamations-Verfahren Statt finden.

Dieses Schreiben war an den Bischof Leo zu Theanum in Campanien gerichtet [2]). Gleichartigen Inhaltes ist eine andere Entscheidung Alexander's II. zwischen 1061 und 1073 an den Bischof Raynald zu Cumä in Campanien. Ein Priester war als der Ermordung seines Bischofes in übeln Ruf gekommen, infamatus, und seiner Priesterwürde, sacerdotium, und aller Kirchenämter, beneficia, entsetzt worden. Alexander antwortete, der Beschuldigte sollte vorgeladen und, wenn kein zuverläßiger, certus, Ankläger da wäre, nach der Forderung der Gerechtigkeit ohne alle gerichtliche Untersuchung wieder in Würde und Amt eingesetzt werden [3]). Das Gericht zu Cumä hatte also den Beschuldigten nach dem Infamationsverfahren verurtheilt, der Papst aber verwarf das Urtheil, weil kein gesetzlicher Ankläger aufgetreten war, was sich wohl nur aus dem Umstande erklären läßt, daß er die Infamation nicht für die kanonisch erforderliche, sondern nur für eine Verdächtigung von Einzelnen ansah.

---

[1]) C. De crimine. 1. C. 15. Q. 5: »De crimine sibi illato diaconus tuus verissime fatebatur, se esse immunem. Veruntamen si suspicio habetur, et accusatores idonei reperiuntur et tales testes, quales sacri canones sanciunt, ac cito tecum certo episcoporum numero veniant accusatores, vocetur et ipse Aldericus diaconus: et si negaverit, ventiletur causa canonice: et si vel sponte confessus, vel legitimis testibus fuerit approbatus, canonica feriatur sententia. Qui si nec sponte confitetur, nec accusatores et testes legitimi reperti fuerint, et mala fama crebuerit, non publico examine, sed coram te . . . . secreto juramento se purificet.« — C. Presbyter. 2. ibid. Harzh. t. II. p. 244.

[2]) Berard. tom. 2. par. 2. 301. über c. De crimine. 1. cit. und über c. De manifestis. 17. C. 2. Q. 1.

[3]) C. Super causa. 11. C. 2. Q. 5: ». . . presbyterum ante te praesentandum, ubi si certi accusatores defuerint, tunc dictante justitia sine omni controversia presbyter, quaecunque ob hoc injuste amisit, ac sacerdotium accipiat, et integra beneficia.«

8. An der Berüchtigung ergibt sich als Erforderniß ihre große Verbreitung schon aus der Ursache und dem Zwecke, um derentwillen das Infamationsverfahren kirchliche Aufnahme gefunden hat. Diese wurde wegen des dem Volke gegebenen Aergernisses bewirkt und erfolgte in der Absicht, das Aergerniß zu heben und das Vertrauen des Volkes wieder herzustellen [1]). Beides setzt einen so verbreiteten übeln Ruf voraus, daß er als der des Volkes oder der Gemeinde anzusehen ist. In diesem Sinne sind auch die gesetzlichen Bestimmungen abgefaßt. Sie sprechen nicht schlechtweg von übelm Rufe, infamatus, sondern von einer vom Volke ausgehenden Berüchtigung, a plebe sibi commissa infamatus [2]), von einem öffentlichen übeln Rufe, publica laborant infamia [3]), und von einer Anklage durch den öffentlichen übeln Ruf, publica fama accusante [4]), publica famà deferente [5]).

Ein weiteres Erforderniß an der Berüchtigung ist, daß sie bei den guten und rechtschaffenen Leuten des Volkes oder der Gemeinde, boni et justi [6]), honesti et graves [7]), bestehen muß. Sie darf nicht von bösen Menschen, von Feinden und Neidern ausgehen; aemulorum nequitia non de caritatis radice procedere [8]).

9. Das Verfahren beschränkte sich auf die Frage, ob Infamation obwalte, und ging nicht auf die Prüfung ein, ob sie begründet und der Verdächtigte wirklich schuldig sei. Ueber seine Schuld wurde nur er gehört. Läugnete er beharrlich, so legte ihm der Richter die Reinigung auf und schrieb vor, wann und wie sie geleistet werden sollte [1]).

---

[1]) C. Omnibus. 19. C. 2. Q. 5. Tit. 7. §. 2. Not. 2. C. Si quis presbyter. 13. in f. ibid. (Conc. Mogunt. a. 851. Pertz. Monumenta. tom. 3. pag. 410.): »... ne populus fidelium in eo scandalum patiatur.« C. Si mala fama. 16. ibid. (Hiusm. a. 852.): »... ne infirmorum corda de mala fama presbyteri percutiantur.«

[2]) C. Presbyter. 13. ibid.

[3]) C. De hoc autem. 11. C. Insinuatum. 13. X. de simon. (5. 3.). C. Nos inter alios. 6. X. de purg. can. (5. 34.) Alex. III.

[4]) C. Nos inter alios. 6. in part. decis. X. de purg. can.

[5]) C. Inter sollicitudines. 10. X. de purg. can. Innoc. III. 7. Mai 1199.

[6]) C. Omnibus. 19. C. 2. Q. 5.

[7]) C. Cum in juventute. 12. p. d. X. de purg. can. (5. 34.). Innoc III. 7. Juli 1206.

[8]) C. Cum in juventute. 12. eod. C. Cum in juventute. 15. X. de praesumpt. (2. 23.). Innoc. III. 7. Juli 1206.

[1]) C. Insinuatum. 13. X. de sim. (5. 3.): »... cum quinta manu sui ordinis (intra XL dies post harum susceptionem literarum) purgationem ei indicas.«

10. Mit der Auflage der Reinigung wurde früher, wie beim Accusations-Verfahren, bis sie geleistet war, die gesetzliche Strafe, namentlich Verlust von Würde und Amt, verhängt[1]). Später wurde der Infamirte bis zur Ableistung suspendirt[2]).

---

[1]) C. Presbyter. 5. C. 2. Q. 5. Tit. 7. §. 2. Not. 3. Capitulare Franc. a. 794. cap. 7. ibid. Not. 4. C. Omnibus. 19. C. 2. Q. 5. ibid. §. 4. Not. 2. C. De crimine. 1. C. 15. Q. 5. h. t. §. 7. Not. 1. C. Super causa. 11. C. 2. Q. 5. ibid. Not. 3. C. Presbyter. 2. C. 15. Q. 5.

[2]) C. Inter sollicitudines. 10. X. de purg. can. (5. 34.). Innoc. III. 7. Mai 1199: »... licet ecclesiastica constitutio tales ab officio tantum usque ad purgationem canonicam doceat suspendendos.« Gl. ibid. in cas.: »Nota, quod, cum aliquis est infamatus, non debet statim suspendi ab officio et beneficio, sed ab officio tantum, nisi multum sit infamatus.« C. Presbyter. 13. C. 2. Q. 5: »... suspendatur usque ad dignam satisfactionem.«

Sechstes Buch.

Das Inquisitions-Verfahren.

Erster Titel.

Einleitung.

1. Das Hauptgebrechen des Infamations-Verfahrens war, daß es sich auf die Prüfung der Wahrheit der Verdächtigung nicht einließ. Daher konnte der Richter nie eine objektiv begründete Ueberzeugung gewinnen, sondern immer nur nach einem subjektiven Fürwahrannehmen urtheilen, und sein gefällter Spruch war bloß zufällig ein an sich gerechter. Eine bestandene Reinigung lieferte ihm mehr nicht, als einen subjektiven Grund der Fürwahrannahme der behaupteten Unschuld, indem er als wahr voraussetzte, daß der Schwörende nur Wahrheit schwöre. Die Eideshelfer selbst schworen nur ihren eigenen Glauben an die Wahrheit eben jenes Schwures und gaben dem Richter durch ihre Fürwahrannahme wieder mehr nicht, als eine Bestätigung seiner eigenen. Auf der andern Seite kann die Verweigerung des Eides nicht mit Recht als Beweis des Schuldbewußtseins gelten, da im Gegentheile gerade den Gewissenhaften und Gottesfürchtigen das Bewußtsein der Unschuld vom Eide abhalten kann; jeden Falles aber steht bei der Eidesverweigerung der einfachen Behauptung der Unschuld nur die verdächtigende Meinung Anderer gegenüber und diese allein ist die Grundlage des Strafurtheils, das denn bei der vernünftigen Abwägung nicht als ein gerechtfertigtes gelten kann. Der Gewissenlose schwört ohne großes Bedenken und erwirkt eine Freisprechung, die nur in einer schlechten Handlung ihre Begründung hat.

Den Schwachen stellt die Eidesauflage mit seinem Schuldbewußtsein zwischen die Furcht vor dem falschen Eide und vor der Strafe und wird für ihn die Versuchung zu einem neuen Verbrechen.

Erwägt man ferner, wie leichtgläubig die große Mehrheit der Menschen aller Stände und aller Stufen der Geistesbildung ist, wenn es sich um Anderer Unwerth und Strafbarkeit handelt, und wie erfinderisch und unermüdlich die Leidenschaft ist; so wird man die Gefahren nicht verkennen, die aus einem Systeme erwachsen, das von dem Rechte der Angegriffenen absieht und vor Allem den subjektiven Eindruck der Urtheiler und Angreifer zu Grunde legt. Unter den fünf besprochenen Fällen, in denen der h. Gregor einen Spruch erließ[1]), lauteten deren drei auf Freisprechung, und der h. Leo war lange heftigen Anfeindungen ausgesetzt[2]), obgleich die Förmlichkeiten und Mühen der summarischen Accusation und die Strafe der Calumnie doch einigen Schutz gegen leidenschaftliche Angriffe gewährten, von denen das Infamations-Verfahren nichts kannte. Aehnliche Erfahrungen mochten den Entschluß Innocenz III., eine Aenderung hervorzurufen, zur Reife gebracht haben. Eine recht auffallende von einem Verlaufe mehrer Jahre fällt in die Zeit dieser Aenderung. Der Bischof von Fünfkirchen in Ungarn[3]), der sich in seinen früheren Jahren durch Sittenreinheit und amtliches Verdienst das besondere Vertrauen des Apostolischen Stuhles erworben und die Auszeichnung durch das Pallium erhalten hatte, wurde in seinem Greisenalter von seinen Feinden, zu denen selbst der König gehörte[4]), des Incestes verdächtigt. Auf eingezogene Erkundigungen ward dem Papste von den benachbarten Bischöfen nur Gutes und Lobendes berichtet. Solche Vorzüge selbst konnten die Ursache des Neides und des Hasses der Feinde sein, die um eben so viel zu steigen wähnten, als sie ihn herabsetzten[5]). Das Schreiben, worin ihm der

[1]) B. 5. Tit. 2. §§. 1. 4.

[2]) Tit. 7. §. 4.

[3]) C. Cum in juventute. 15. X. de praesumpt. (2. 23.). Non. Jul. a. IX. (7. Jul. 1206.). C. Cum in juventute. 12. X. de purg. can. (5. 34.). Non. Jul. a. IX. (7. Jul. 1206.)

[4]) Ibid. »... quia tamen ejus suggestio non de caritatis radice, sed ex odii fomite procedere videbatur, cum ipsum tanquam inimicum persequi non cesserat, sicut est in tota provincia manifestum.«

[5]) Innocenz schrieb von ihnen: »... Quia vehementer praesumimus ex verisimilibus conjecturis, quod aliqui contra eum invidia torqueantur, dejectionem ipsius exaltationem propriam aestimantes.« Regist. 12. lib. 1. epist. 12. Gonzal. Tel. zu c. Cum in juventute. 15. X. de praesumpt. n. a.

Papst ein Verhalten, daß er allem Verdachte entginge, einschärfte, fingen sie auf und mißbrauchten den Inhalt zu noch größerer Verdächtigung. Als er aber für einen erzbischöflichen Sitz postulirt worden war, entzündete sich auf's Neue der Neid. Selbst diejenigen, die ihm früher ein gutes Zeugniß gegeben hatten, wurden nun seine Gegner. Innocenz konnte sich aber nicht dazu bestimmen lassen, ihm die Reinigung aufzulegen, weil er die Bosheit des Neides, aemulorum nequitiam, erkannte und wußte, „wie leicht die Menge der Aussage eines Einzigen folgt." Nur auf dringendes Bitten des an ihn abgeordneten Prokurators des Beschuldigten legte er sie auf, mußte aber auswärtige Bischöfe zu Eideshelfern bestellen. Mächtigen und einflußreichen Feinden kann es immer leicht gelingen, daß nicht bloß die große Menge mit ihnen verleumdet und verunglimpft, sondern daß auch die Verwandten und Standesgenossen mit einstimmen, oder den Muth nicht haben, der Wahrheit Zeugniß zu geben. — Wäre von Anfang des Prozesses an auf den Grund der Infamation eine Untersuchung und Beweisführung der Beschuldigungen angeordnet worden, so wäre des Aergernisses und des Herzeleides viel weniger gewesen. Allein das erlaubte der hergebrachte Gang des Prozesses nicht. Schon dieser einzige Vorgang aber mußte Innocenz das Bedürfniß der Abhülfe durch Anordnung eines Beweisverfahrens statt der Reinigung als ein dringendes erkennen lassen. Und darin besteht das Wesen des von ihm veranlaßten und durch ein allgemeines Concil für die ganze Kirche angenommenen Inquisitions-Verfahrens.

2. Die Veranlassung dieser Einrichtung war hiernach nicht, wie Böhmer behauptet [1]), die Unsittlichkeit der Geistlichen, und ihr Zweck war nicht ihre strengere Beaufsichtigung, sondern die Aufdeckung der Wahrheit der Verdächtigungen, damit denn allerdings Handhabung der guten Ordnung, zugleich aber auch Schutz gegen leidenschaftliche Verfolger. Die

---

[1]) Zu c. Qualiter. 24. X. h. t. äußert J. H. Böhmer: »Clericos intelligit, qui proprie subditi praelatorum dicti fuerunt. Horum malitia et vita abominabilis, ob quam olim decimas clericis subtrahere non verebantur laici, ut Innocentius III. lib. II. epist. 242. in c. 26. X. de decim. relata, ait, sine dubio ansam dedit pontifici ut hanc viam extraordinariam introduceret. In proverbium eo tempore abierat, ut laici, mores pessimos clericorum ob oculos habentes, clamarent: ubi est clericorum Deus? c. 7. de vot. et voti redempt . . . Vita eorum pessima ut plurimum erat impunita, quod accusatores deficerent. Laici enim ab accusatione penitus exclusi erant, clerici vero sibi similes moribus rarius accusabant. nisi fortan inimicitia eos ad accusandum induxisset, quae rursus accusationes impediebat. c. 19 et 21. X. b. t.«

für jene Behauptung angeführten Gründe beweisen sie nicht. Denn in der Stelle über die Zehnten zählt Innocenz III. fünf Vorwände auf, unter denen die Zehnten von Verschiedenen verweigert würden, und dabei auch diesen: »nonnulli etiam vitam clericorum, tanquam abominabilem, detestantes.« Aus einem Vorwande, den der Eigennutz aufsucht, kann doch keine Thatsache bewiesen werden, und Innocenz entgegnet ausdrücklich: »praetextu nequitiae clericorum nequeunt eas . . . pro suo arbitrio erogare,« bestreitet also selbst die Wahrheit des Vorgebens in seiner Allgemeinheit, und fügt bei, die Zehntpflicht würde auch den Strafwürdigen gegenüber nicht aufgehoben: »quanquam per sollicitudinem pastoralis officii sint a sua nequitia coercendi,« setzt mithin nur Einzelne als strafwürdig voraus und gibt zugleich an, daß gegen solche von Amts wegen, durch ein administratives Verfahren nämlich, eingeschritten werden kann. So konnten ihn Vorgänge dieser Art nicht auf den Gedanken an eine Aenderung im Strafverfahren führen. Noch weniger zutreffend ist die Hinweisung auf die Stelle über die Gelübde. Darin steht zwar der Satz: »ubi est Deus clericorum?«; allein in einer Verbindung, in welcher der Unbefangene keinen öffentlichen Tadel der Sitten der Geistlichen finden kann. Gegenstand der Antwort war die Entbindung eines französischen Bischofs von dem Gelübde einer Reise nach Jerusalem. In Beziehung auf diese zog Innocenz die drei Punkte in Erwägung: »quid liceat secundum aequitatem, quid deceat secundum honestatem, et quid expediat secundum utilitatem.« Die beiden ersten beantwortete er verneinend und bemerkte über dem dritten: »Praeterea non videbatur aliquatenus expedire, cum ex absolutione tua, si fieret, posset scandalum laicorum mentibus generari, dicentium: ubi est Deus clericorum, et hoc exemplo credentium, se ad voti observantiam non teneri.« Ein solches Beispiel hätte freilich beim Volke mancherlei Aeußerungen veranlassen können; allein diese Besorgniß des Papstes bezeugt die große Geneigtheit des Volkes zu argen Verdächtigungen, und nicht die Sittenlosigkeit der Geistlichen. Eben die Bitte um Entbindung von dem Gelübde und ihre ängstliche Erwägung zeugen von streng religiösem Geiste. Ein Dispensgesuch wegen eines persönlichen Gelübdes endlich steht dem Strafprozesse so fern, daß es an diesen nicht erinnern konnte. Böhmer's Bemerkung[2]): »In proverbium forsan hoc dicterium eo tempore abierat. ob deperditos cleri mores, quibus corrigendis admodum incubuit pontifex, atque hanc ob causam

— — —

[2]) C. Magnae devotionis. 7. X. de vot. et vat. red. (3. 34.). N. 71.

sine dubio processum inquisitionis instituit, quod rari essent clericorum accusatores, immo fere ab eorum accusatione praeclusi,« ist übereilt. Was er hier von der fast gänzlichen Ausschließung der Laien wiederholt, ist, wie die Lehre über die Zulässigkeit der Ankläger nachweis't, eben so unwahr, als die Aeußerung über die Seltenheit der Anklage. Und zudem gehört das Alles nicht hierhin. Die Bestimmungen über die Inquisition stehen nicht in Beziehung zur Accusation, sondern nur zur Infamation.

3. Die erste Spur von unserer Inquisition findet sich in c. Inter sollicitudines. 10. X. de purg. can., einem Schreiben Innocenz III. vom 7. Mai, Non. Maj., 1199, an den Erzbischof von Sens; sie ist aber weder in einer Weisung noch in einer Handlung von ihm selbst, sondern in dem von dem Erzbischofe nach eigenem Gutdünken befolgten Verfahren gegeben. Dieser hatte auf Grund der Infamation wegen Häresie einen Dekan vom Officium und Beneficium suspendirt und gegen ihn, ohne daß ein gesetzmäßiger Accusator aufgetreten war, von Amtswegen, ex officio, bloß auf die Delation des öffentlichen Gerüchtes, fama publica deferente, eine genauere Untersuchung der Wahrheit, plenius inquirere veritatem, das heißt, das Beweisverfahren, beabsichtigt. Beides war eine Neuerung, die dem Erzbischofe nicht zustand. Der Beschuldigte ergriff die Berufung an den apostolischen Stuhl, und Innocenz traf die Verfügung dahin, daß er dessen Suspension vom Officium bestehen ließ, ihm die Reinigung auferlegte und ihn zu ihrer Ableistung an den Erzbischof mit der fernern Weisung zurückschickte, daß er, wenn er darin erläge, vom Amte und vom Beneficium deponirt und zur Buße in ein Kloster eingeschlossen werden sollte. Dem Erzbischofe gab er seine Mißbilligung der beiden Uebergriffe zu erkennen, ohne sie jedoch, aus Rücksicht auf die Person und auf die Schwere des Deliktes, weiter zu ahnden. Er äußerte: »Nos igitur scientiam literarum et honestatem morum, vitae pariter intendentes, licet ecclesiastica constitutio tales ex officio tantum usque ad purgationem canonicam doceat suspendendos, quia tamen eum etiam a beneficio propter immanitatem criminis suspendisti, nolumus improbare; nec illud etiam improbamus, quod, licet contra eum nullus accusator legitimus appareret, ex officio tuo tamen, fama publica deferente, voluisti plenius inquirere.« In der ersten Hälfte des Jahres 1199 billigte also Innocenz III. das Inquisitionsverfahren noch nicht, sondern hielt, selbst wo es sich um die Häresie handelte, am Infamationsverfahren fest. Allein dieser Vorgang war ganz

geeignet, seine Aufmerksamkeit auf das einfachste Mittel zur Abhülfe des Hauptgebrechens dieses Verfahrens hinzulenken.

In einem andern, beinahe ein Jahr älteren Erlasse Innocenz III., in c. un. X. ut eccles. benef. sine demin. conf., X. Kal. Octobr., 22. Sept., 1198, finden Böhmer[1]) und Andere mit ihm schon die wirkliche Anwendung des Inquisitionsverfahrens. In der Stelle ist wirklich wiederholt von Inquisition die Rede, und insbesondere sagt Innocenz: »Et ideo nos, qui non tam ex plenitudine potestatis, quam ex officio debito possumus et debemus de subditorum excessibus ad correctionem inquirere veritatem, te maxime causam et occasionem praestante, inquisitionem commissimus faciendam.« Es kommt nun darauf an, ob dabei an unsere Inquisition als Strafverfahren, oder nur an eine Inquisition im allgemeinen Sinne, als Untersuchung nicht hinreichend bekannter Verhältnisse zur Gewinnung einer richtigen Beurtheilung, gedacht ist.

Der eigentliche Gegenstand der Verhandlungen war die Wiederbesetzung der erzbischöflichen Cancellarie zu Mailand. Sie war, wie Innocenz berichtet worden, relatione pervenerat[2]), über ein Jahr erledigt, weshalb er ihre Verleihung als dem Apostolischen Stuhle angefallen ansah und dem Erzbischofe die Weisung gab, sie dem Subdiakon H., Domherrn in Mailand, zu übertragen. Der Erzbischof, der das Einkommen sich zu Nutzen machen wollte, suchte auszuweichen und verschmähte unwahre und sich widersprechende Angaben nicht. Er hatte das Amt, wie fernere Anzeichen erkennen ließen, schon in den ersten zehn Monaten einem Andern heimlich und unter Vorbehalt der Einkünfte für sich verliehen. Dieser Incidentpunkt machte eine spezielle Untersuchung nöthig, in deren Folge die damit Beauftragten dem bestellten Kanzler die Amtsverwaltung untersagten und die Untersuchungsakten dem Papste übersandten. Diese Untersuchung wird Inquisition genannt, und gegen sie eiferte der Erzbischof, wie gegen eine Accusation, in rabulistischer Weise: »quod, quum nullus debeat sine accusatore damnari, nec aliquid circa negotium illud sit actum in forma judicii, depositiones testium non poterant tibi (dem Erzbischofe)[3]), praejudicium generare.« Und auf diese Aeußerung bezieht sich die oben ausgehobene Stelle von Innocenz. Das Gesammtergebniß der Verhandlungen endlich war, daß der

---

1) Zu c. Qualiter. 17. X. h. t. Not. 3.

2) Ausgabe des C. J. C. von A. L. Richter.

3) Innocenz III. hebt den Satz des Erzbischofes diesem gegenüber hervor.

Vorbehalt der Einkünfte für ungültig erklärt und der Erzbischof von der Besetzung des ersten, seiner Verleihung anfallenden Beneficiums suspendirt wurde, der bestellte Kanzler aber in dem Amte verblieb [4]). So war denn die ganze Untersuchung von Anfang bis zu Ende und nach Inhalt und Form kein Strafverfahren, sondern eine rein administrative Verhandlung.

4. Der erste Erlaß Innocenz III. über das neue Verfahren ist datirt vom 2. Dezember, in c. Licet Heli. 31. X. de simonia. V. Non. Decemb., 1199. Ihm folgten bis 1215, mit Einschluß der Bestimmung des vierten Lateranensischen Concils, deren noch mehre nach denselben Grundsätzen. Mit Ablauf eines halben Jahres nach seinem Schreiben an den Erzbischof von Sens [1]) war also Innocenz über das zu befolgende System entschieden. Dasselbe beschränkte sich aber nicht blos auf den angegebenen Hauptpunkt, die Beweisführung von Amtswegen, sondern es bestimmte auch die Form des Beweisverfahrens näher dahin, daß es jenes des Civilprozesses sein soll, und milderte die gesetzliche Strafe. Es sollte ferner, außer den Fällen der Infamation bestimmter einzelner Individuen wegen bestimmter schwerer Delikte, auch auf Fälle der Infamation kirchlicher Institute, einer Diöcese, eines Klosters, wegen schwerer Delikte oder Excesse im Allgemeinen, ohne daß eben solche speziell angegeben sind, Anwendung finden. In den letztern ist der Gegenstand des Beweisverfahrens ein allgemeiner, generalis, woher die Kanonisten das Verfahren eine inquisitio generalis nannten, im Gegensatze zu welcher denn in jenen Fällen die Untersuchung eine inquisitio specialis genannt wurde. Jene könnte die sachlich generelle, und diese die persönlich spezielle heißen, um eine Verwechselung mit der General- und Spezial-Inquisition beim Accusationsverfahren [2]) und bei unserer Inquisition, wovon noch die Rede sein wird, zu vermeiden. Diese spezielle gehört eigentlich nur hierhin, doch können die auf die generelle sich beziehenden Bestimmungen nicht übergangen werden, weil sie denen über die spezielle ausdrücklich zu Grunde gelegt sind und sich aus ihnen der Grundgedanke des Systems deutlicher erkennen läßt.

5. Der wichtigste Erlaß über die sachliche General-Inquisition ist hier das c. Qualiter. 17. X. h. t. vom 29. Januar. IV. Kal. Febr., 1206 [1]), weil er die Beweggründe der Aenderung angibt und die Grundlage für die spezielle wurde.

---

[4]) C. Ut nostrum. 9. X. de off. archid. (1. 23.) bei Richter.

[1]) §. 3.

[2]) B. 5. T. 3. §. 1.

[1]) Hierauf verweist conc. Trid. sess. 24. c. 5. de ref.

Zuerst weis't Innocenz auf die Behandlung des Haushalters im Evangelium [1]) hin und sagt: »villicus ille, qui diffamatus erat apud dominum suum, quasi dissipasset bona ipsius, audivit ab illo: »quid audio de te dicere? redde rationem villicationis tuae: jam enim non poteris villicare.« Mit dem evangelischen Haushalter hat der diffamirte Geistliche in einem Kirchenamte große Aehnlichkeit; allein durch den Infamations-Prozeß fand er keine gleichartige Behandlung. Er wurde darin nicht zur Rechenschaft über sein Verhalten gezogen, mithin weder nach der Wirklichkeit, noch auch nach dem Maße seiner Schuld beurtheilt und bestraft.

Als zweites Vorbild wird der Gang des göttlichen Strafgerichtes gegen Sodoma und Gomorrha, wie er in der Genesis erzählt ist, in den Worten angedeutet: »Dominus ait: descendam et videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint.« Der Gedanke ist: auch Gott urtheilt und straft nicht nach dem lauten Rufe, sondern nach dem wirklichen Handeln. Daß Innocenz diesen Beweis im Sinne des früher [2]) besprochenen c. Deus omnipotens. 20. C. 2. Q. 1. gedacht hat, zeigt er in dem erwähnten c. Licet Heli, wo er sich darüber näher so ausläßt: »Tunc enim clamor pervenit ad praelatum, quum per publicam famam aut insinuationem frequentem subditorum sibi referuntur excessus, et tunc debet descendere et videre, id est, mittere et inquirere, utrum clamorem, qui venit, veritas comitetur,« das heißt, ein gerechtes Urtheil erfordert eine gerechte Untersuchung des Inhaltes der Beschuldigungen. Diesem fügt er dann noch den c. Si quid. 23. D. 86. [3]) so bei: »Nam juxta canonicas sanctiones, si quid de quocunque clerico ad aures praelati pervenerit, quod eum juste possit offendere, non facile credere debet, nec ad vindictam eum res accendere debet incognita, sed coram ecclesiae senioribus diligenter est veritas perscrutenda, ut, si rei poposcerit qualitas, canonica districtio culpam feriat delinquentis.« Damit war bewiesen, daß die Bestrafung auf Infamation dem Geiste der Offenbarung und der Kanones widerspricht. Daher fährt er in unserm c. Qualiter. fort: »Ex quibus auctoritatibus manifeste probatur, quod non solum, quum subditus, verum etiam, quum praelatus excedit, si per clamorem et famam

---

1) Luc. 16, 1. 2.
2) B. 5. T. 2. §. 1. Not. 9.
3) Wiederholt in c. Si quid. 2. C. 15. Q. 7.

excessus ejus ad aures superioris pervenerit; non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et honestis, nec semel tantum, sed saepe, quod clamor innuit et diffamatio manifestat, debet coram ecclesiae senioribus veritatem diligentius perscrutari, ut, si rei poposcerit qualitas, canonica districtio culpam feriat delinquentis.« Wenn auf der einen Seite der Vorgesetzte die Infamation nicht unberücksichtigt lassen darf, so darf er auf der andern Seite auch nur in Einklang mit der Wahrheit und Gerechtigkeit strafen. Hier trat dem Verfasser der prozessualistische Einwurf entgegen, daß auf diese Weise gegen Gesetz und Kanones[4]) der Richter zugleich der Ankläger würde. Das würde er jedoch nur scheinbar und mehr nicht, als er es beim Infamationsverfahren war. Der Angriff ginge noch immer von der Infamation, nicht vom Richter aus, und dieser würde nicht lediglich der öffentlichen Verdächtigung und dem Aergernisse gegenüber, sondern auch gegen den Beschuldigten nach Pflicht handeln. Hierüber heißt es: »non tanquam sit idem actor et judex, sed, quasi deferente fama vel denuntiante clamore, officii sui debitum exsequatur.« Dieser Satz ist auch im c. Licet Heli mit dem wichtigen Zusatze aufgenommen: »eo semper adhibito moderamine, ut juxta judicii formam sententiae quoque forma dictetur.« Und damit ist die charakteristische Eigenthümlichkeit des neuen Verfahrens ausgedrückt, die nun näher zu ermitteln ist.

Das amtliche Vorgehen auf den Grund der Infamation ist als ein pflichtmäßiges, mit dem bischöflichen Amte gegebenes, aufgefaßt. Ein solches war an und für sich nichts Neues. Dazu führten nicht allein die jährlichen Visitationen durch den Bischof persönlich oder durch bestellte Visitatoren[5]) und die Provincial-Concilien[6]), sondern auch die speziellen, dem Bischofe gemachten Anzeigen[7]) von Delikten oder Excessen. Allein das in diesen Weisen hervorgerufene Verfahren war nur ein administratives, oder disciplinarisches, nicht ein gerichtliches und strafrechtliches, und sein Ziel und Ergebniß war nicht eine Bestrafung, sondern eine Zurecht-

---

[4]) B. 1. T. 4. §. 3. Not. 3.

[5]) C. Episcopum. 11. C. 10. Q. 1: ». . . si ipse . . . nequiverit, . . . mittat, qui . . . et ministrantium vitam inquirant.« C. Si quis. 2. X. de purg can. (5. 34.). Conc. Mogunt. 851. Pertz. Monument. german. III.

[6]) C. Grave. 29. X. de praeb. (3. 5.). C. Sicut olim. 25. X. h. t.

[7]) C. Si constiterit. 12. X. h. t.: ». . . sive accusatus, vel ad rationem positus.«

weisung, eine Züchtigung, correctio, correptio. Eigentliche Strafen, insbesondere auch Amtsverlust, setzten, und setzen noch, schwerere Delikte oder Excessen und ein gerichtliches Erkenntniß voraus [8]). Nöthig war nur, daß eine gerichtliche Untersuchung angeordnet wurde, weil immer ein gerichtlicher Spruch erging. Diese gerichtliche Behandlung der Fälle der Infamation gewährte Schutz gegen leidenschaftliche Angriffe und sicherte mehr eine Beurtheilung nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Außerdem aber erhielt sie nicht einen criminalistischen, sondern einen administrativen oder disciplinaren Charakter, so, daß sie als eine Vermittelung des accusatorischen und des administrativen Verfahrens erscheint.

Schon die geltend gemachten Beweggründe berechtigen nur zu einer Einrichtung mit wesentlich administrativem und disciplinarischem Charakter. In dem ersten Erlasse durch das c. Licet Heli ist auf die Bestrafung des Priesters Heli [9]), die ihn wegen vernachläßigter Zucht gegen seine Söhne getroffen hat, hingewiesen, mithin der Gedanke, daß die kirchlichen Obern gegen die ihnen untergebenen Geistlichen Zucht halten sollen, zur Grundlage aufgestellt. Der väterlichen Zucht aber ist das Strafen, das heißt, die vindikative Zufügung eines Uebels, nicht eigen. Das vorgehaltene Beispiel an dem evangelischen Haushalter ferner liefert nur die Behandlung des Eigenthümers vermöge seines Verhältnisses zu dem bestellten Verwalter, also eine privatrechtliche zur Entfernung des Nachtheiles aus der schlechten Geschäftsführung, und nicht ein Verhalten zur Ausführung einer Vindikativstrafe. In unserm c. Qualiter heißt es nun hierüber: »sed cum super excessibus suis quisquam fuerit infamatus, ut in tantum jam clamor ascenderit, quod diutius sine scandalo dissimulari non possit, nec sine periculo tolerari, absque dubitationis scrupulo ad inquirendum et puniendum ejus excessus non ex odii fomite, sed ex caritatis procedatur affectu, quatenus, si gravis fuerit excessus, et si non degradetur ab ordine, ab administratione tamen amoveatur omnino.«

Ueber die einzuhaltende Form äußerte sich Innocenz III. später auf eine spezielle Anfrage über die Ausführung der in c. Licet Heli gegebenen Weisung [10]) dahin, daß sie nicht die für das solemne Accusations-

---

[8]) C. Inprimis. 7. §. 3. C. 2. Q. 1. C. Inventum est. 38. in f. C. 16. Q. 7. C. Si constiterit. 12. in f. X. h. t. Fagnan. c. Dilectus. 26. X. de rescr. (1. 3.) n. 20. 31.

[9]) I. Reg. 2, 29—34; 4, 18.

[10]) C. Per tuas. 22. X. de simon. (5. 3.)

Verfahren vorgezeichnete, sondern die der Civilklagen sein sollte. Ueber die Zulassung von Zeugen erklärte er: »Tales igitur contra talem taliter duximus admittendos, non secundum rigorem juris, sed secundum temperantiam aequitatis, cum ageretur non criminaliter, ut deponeretur ab ordine, sed civiliter, ut ab administratione amoveretur, tanquam immeritus et damnosus.« Es ist also ein Verfahren wie das der Civilklage wegen Beschädigungen angeordnet.

6. Die Inquisition in c. Licet Heli war gegen einen Abt vom Papste selbst eingeleitet. Damit war noch nicht festgestellt, daß in gleicher Weise gegen diffamirte nicht klösterliche Vorsteher, insbesondere gegen Bischöfe, verfahren werden könnte, ferner auch nicht, daß jeder Bischof oder jeder andere Kirchenobere gegen jeden seiner Geistlichen in einem Kirchenamte so einzuschreiten befugt sei. Das c. Qualiter. 17. betraf eine gleichfalls von Innocenz III. selbst speziell angeordnete General-Inquisition einer Diöcese, wobei es sich um »reformanda tam in capite. quam in membris« handelte. Die darin gegebenen Weisungen konnten eben so wenig als eine allgemein geltende und auf alle Fälle anwendbare Norm angesehen werden. Zu einer solchen hat sie das vierte Lateranensische Concil erhoben. Seine Bestimmung darüber lautet in c. Qualiter. 24. X. h. t. so: »Qualiter et quomodo debeat praelatus procedere ad inquirendum et puniendum subditorum excessus ex auctoritatibus veteris et novi testamenti colligitur evidenter, ex quibus postea processerunt canonicae sanctiones, sicut olim aperte distinximus, et nunc sacri approbatione concilii confirmamus.« Hierauf folgen denn alle aus den c. Qualiter. 17. oben besprochene Sätze wörtlich, und ihnen sind noch einige andere beigefügt, die hier übergangen werden können und erst später in Betracht kommen.

Zweiter Titel.

Das Inquisitions-Verfahren.

1. Der Inquisitions-Prozeß setzt als Gegenstand eine schwer verpönte Handlung und, als gesetzlich gerechtfertigte Veranlassung, die Infamation voraus. Ueber Beides muß eine hinreichende Gewißheit erworben werden. Und das macht eine vorgängige richterliche Prüfung oder Unter-

suchung, inquisitio, nothwendig, die ebenfalls General-Inquisition, inquisitio generalis, genannt wird, und zwar im Gegensatze zu dem amtlichen Beweisverfahren, oder der eigentlichen Inquisition, die denn eine spezielle, inqu. specialis, heißt. Die Bezeichnungen sind nicht glücklich gewählt; es kommt indessen auch wenig darauf, sondern nur auf die dabei gedachte Sache selbst an.

2. Der erste Punkt dieser vorgängigen Prüfung ist die Thatsache, die der Gegenstand des Prozesses sein soll. Daß dies nur ein schweres Delikt, crimen, oder ein schwerer Exceß, gravis excessus, sein kann, ergibt sich schon aus der Entstehung des Inquisitions-Prozesses für die Fälle der Infamation an die Stelle des Infamations-Verfahrens, das immer nur schwer bedrohte Handlungen zum Gegenstande hatte, wie die Accusation. Daher sprechen die Gesetzesstellen nur von Verbrechen[1]), und sie beziehen sich, wo eine spezielle Inquisition angeordnet ist, immer nur auf solche, als nämlich auf Simonie, Meineid, Mord, Incest[2]) und andere. Gesetzlicher Weise kann mithin wegen geringer Delikte oder Amtsvergehen Niemand einer Inquisition unterworfen werden[3]).

3. Als unerläßliche Voraussetzung der Inquisition zeigt die nachgewiesene Entstehung dieser Prozeßform eine Infamation, und die Gesetzesstellen sprechen sich unzweideutig darüber aus. In c. Licet Heli. 31. X. de simonia ist als unbedingte Regel aufgestellt: »in omnibus diligens adhibeatur cautela, sicut accusationem legitima praecedere debet inscriptio, sic et denuntiationem caritativa correctio, et inquisitionem clamosa debet insinuatio praevenire.« Was also die Inscription bei der solemnen Accusation ist, das ist für die Inquisition die Infamation. Derselbe Gedanke ist auch in c. Qualiter. 24. X. h. t. ausgesprochen. Wie mithin ohne Inscription keine Accusation, so ist ohne Infamation keine Inquisition zulässig. Sie gehört zum ordentlichen Gange dieses Prozesses. Hierüber lehrt die Glosse[1]):

---

[1]) C. Qualiter. 17. X. h. t.: ». . . exceptis occultis criminibus. C. Inquisitionis. 21. pr. X. eod: ». . . tale crimen, quod deponeret accusatum.« §. 1: ». . . nullum esse pro crimine super quo aliqua non laborat infamia.«

[2]) C. Licet Heli. 31. X. de simon. C. Licet. 14. C. Accedens. 23. X. h. t.

[3]) Durand. lib. 3. par. 1. de inquis. §. 1. n. 1: ». . . crimina, super quibus inquirere vultis, levia et dissimulanda sunt. Non enim inquirendum est, nisi de majoribus, puta homicidio, simonia, adulterio, fornicatione, perjurio, incestu, et similibus.«

[1]) C. Qualiter. 17. X. h. t. v. inquisitionis ordinem.

»inquisitionis ordinem, qui continet duo: primum, quod regulariter[2]) non fit inquisitio nisi contra infamatum, secundum, quod ex quo constat de infamia, inquiri debet de veritate.« Daher muß eine voraufgängige Untersuchung, auch inquisitio praeparatoria genannt, feststellen, ob die gesetzliche Infamation gegeben ist, wie die Glosse[3]) bemerkt: »Nota unum praeambulum requisitum ad inquisitionem, ut videlicet primo discutiatur super infamia.« Eben weil diese Untersuchung voraufgehen muß, darf sie nicht gleichzeitig mit der Spezial-Inquisition verbunden und damit vermischt, sondern muß davon getrennt und für sich vorgenommen werden[4]). Um so weniger ist ein Zeugenverhör statthaft. Hierüber äußerte Innocenz III.[5]): »nullum esse pro crimine, super quo aliqua non laborat infamia, seu clamosa insinuatio non processerit, propter dicta hujusmodi puniendum, quin imo super hoc depositiones contra eum recipi non debere, cum inquisitio fieri debeat solummodo super illis, de quibus clamores aliqui praecesserunt.« Eben der tiefere Grund des neuen Verfahrens macht diese Voruntersuchung, auch den untergeordneten Geistlichen gegenüber, nothwendig. Es gilt nicht allein von Prälaten, daß sie wie eine Zielscheibe hingestellt sind und nicht Allen gefallen können[6]), da überhaupt die Menschen zur Verleumdung sehr geneigt sind[7]), und die Klage über die Ungeneigtheit der Laien gegen die Geistlichen insbesondere aber alt ist[8]). Ein eiliges Vorgehen würde die Verleumdungen begün-

---

[2]) Von der aufgestellten Regel gibt es im Inquisitions-Prozesse keine Ausnahme. Die Andeutung der Glosse bezieht sich auf andere amtliche Untersuchungen, deren Durantis l. c. §. 2. n. 10. ff. mehre angibt, als, beispielsweise, bei Visitationen, vor Eheabschließungen u. a. Wüstner gibt h. t n. 79. ff. deren auch noch andere an, die aber nicht hierhin gehören.

[3]) Gl. zu c. Postquam. 1. h. t. in 6. in cas. Gl. zu c. Si is, cui. 2. eod. in cas.

[4]) Durand. l. c. §. 3. n. 13: »Quid, si inquisitor permistim inquirit de infamia et de criminibus? Respondeo, non servatur ordo juris. Nam infamiae inquisitio praecedere debet veritatis cognitionem, non debet processus tali permistione confundi, seu intricari.«

[5]) C. Inquisitionis. 21. §. 1. X. h. t.

[6]) C. Qualiter. 24. X. h. t.: ». . . qui quasi signum sint positi ad sagittam. Et quia non possunt omnibus complacere.«

[7]) C. Multi. 18. §. 2. C. 2. Q. 1: ». . . Nam si nominatio sola sufficit, multi damnandi sunt innocentes, quia saepe falso in quoquam crimina nominantur.«

[8]) C. Clericis. 3. de immun. eccles. in 6. (3. 23.): »Clericis laicos infestos oppido tradit antiquitas.«

stigen, statt sie zu verhindern [9]), und nicht bloß gesetzwidrig, sondern auch ehrenkränkend werden, da die spezielle Inquisition in den Augen Aller als auf den Grund der voraufgegangenen generellen, also der richterlich erkannten Infamation angeordnet gelten würde.

4. Was die Infamation angeht, so muß sie die Beschaffenheit wie bei dem Infamations-Verfahren [1]) haben, mithin an sich eine weit verbreitete und öffentliche sein. Hierin ist sie für die Inquisition noch näher bestimmt. Sie wird [2]) so bezeichnet: »si per clamorem et famam ad aures superioris pervenerit, non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et honestis, nec semel tantum, sed saepe, quod clamor innuit, et diffamatio manifestat.« Hier ist vorerst die Form der Kundgebung durch clamor und fama unterschieden, was in der oben [3]) ausgehobenen Stelle aus c. Inquisitionis. 21. §. 1. X. h. t. noch deutlicher in den Worten angegeben ist: »super quo aliqua non laborat infamia, seu clamosa insinuatio.« Die Glosse bemerkt den Unterschied ebenfalls und lehrt [4]): »Tunc autem debet praelatus procedere ad inquisitionem, cum famam et frequentem clamorem intelligit de excessibus alicujus, seu etiam aliquorum.« In den beiden Stellen sind einerseits »clamor« und »clamosa insinuatio,« andererseits »fama« oder »diffamatio« und »laborat infamia« gleichbedeutend; die diffamatio aber und der clamor selbst sind nicht einerlei. Jene ist der verbreitete öffentliche Ruf, und dieser ist die Anzeige bei der Obrigkeit. In c. Licet Heli. 31. X. de sim. heißt es hierüber: »Tunc enim clamor pervenit ad praelatum, cum per publicam famam, aut insinuationem frequentem subditorum sibi referuntur excessus.« Hiernach ist der clamor ein zweifacher: der eine ist der clamor per publicam famam, der andere der clamor per insinuationem frequentem. Der Aufforderung zur amtlichen Abhülfe durch die Fama steht also hier die durch häufige Anzeigen gleich.

5. Die Fama [1]) ist hier die ausgesprochene und verbreitete Meinung, opinio, das heißt, das Fürmöglich- oder Fürwahrscheinlichhalten,

---

[9]) C. Qualiter. 24. X. h. t.: »... diligens adhibeatur cautela, per quam non solum falsae, sed etiam malignae criminationi janua praecludatur.«

[1]) B. 5. Tit. 8. §. 8.

[2]) C. Qualiter. 24. X. h. t.

[3]) §. 3. Not. 5.

[4]) Zu c. Qualiter. 24. X. h. t. v. inquirendum.

[1]) B. 1. T. 7. §. 1.

daß Jemand ein bestimmtes schweres Delikt begangen hat, mit dem Bewußtsein der Ungewißheit und ohne den Ursprung und den Urheber des Gerüchtes angeben zu können. Sie wird auch Verdacht, suspicio[2]), daher der infamatus auch suspiciosus genannt, weil mit dem Meinen, wie mit dem Verdachthaben, das Bewußtsein der Ungewißheit von der Wahrheit und Wirklichkeit des Inhaltes des Urtheils verbunden ist. Beim Verdacht aber kennt man den Grund des Urtheilens in einer bestimmten Thatsache, aus welcher man auf eine andere Thatsache, hier das Delikt und die Schuld, schließt. Er ist ein Urtheilen durch Schlüsse aus Thatsachen, von deren Richtigkeit man aber gewiß ist. Daher kann denn, wie früher schon erinnert, die Fama selbst der Grund zu einem solchen Schließen und Urtheilen werden; dann aber kann dieses Urtheilen nur ein noch ungewisseres sein, als bei dem eigentlichen Verdachte. Nach ihrem Begriffe nun führt die Fama schon mit sich, daß sie nicht das kund gegebene Meinen von Etlichen und Wenigen, sondern von Vielen ist. Auf die spezielle Anfrage[3]): »utrum, cum duo vel plures jurati affermant, aliquem crimen aliquod eisdem videntibus, commisisse, de quo tamen aliqua infamia non laberet, aliquam illi poenam infligere debeatis«, antwortete Innocenz III.: »nullum esse pro crimine super quo aliqua non laborat infamia seu clamosa insinuatio non processerit, propter dicta hujusmodi puniendum.« Auch das Wissen Zweier oder Mehrer ist also noch nicht Fama und namentlich diejenige nicht, die ein Inquisitions-Verfahren veranlassen kann, auf das eben die Anfrage sich bezog. Diese wird auch, wie die beim Infamations-Verfahren[4]), eine öffentliche, publica fama, genannt. Hierbei aber ist die Oeffentlichkeit nicht in dem juristischen Sinne gedacht, in welchem eine gerichtlich festgestellte, obgleich nur Wenigen bekannte Thatsache eine öffentliche heißt, sondern sie ist eine räumlich und numerisch thatsächliche Verbreitung, welche auch beim Notorium Statt findet[5]). Die in diesem Sinne öffentliche Fama ist zugleich nicht als eine im Stillen verbreitete, sondern als eine laute gedacht, die zu den Ohren der Obrigkeit bringt, und von der es heißt[6]): »Tunc enim clamor pervenit ad praelatum, cum per publicam famam aut insinuationem fre-

---

[2]) C. Omnibus. 19. C. 2. Q. 5. B. 5. T. 7. §. 5. N. 3.

[3]) C. Inquisitionis. 21. §. 1. X. h. t.

[4]) B. 5. T. 7. §. 8.

[5]) B. 1. T. 8. §. 5.

[6]) C. Licet Heli. 31. X. de simon.

quentem subditorum sibi referuntur excessus«, die ferner als Anklägerin auftritt: »denuntiante fama«, und zur amtlichen Abhülfe laut auffordert: »ita infamatus, ut jam clamor ascendat, qui diutius sine scandalo dissimulari non possit, vel sine periculo tolerari [7]). Die Vielen aber, unter welchen die laute und dringende Fama verbreitet ist, sind in Beziehung auf eine Pfarre, eine Stadt, einen bestimmten größern oder kleinern Bezirk, also auf eine als Einheit gedachte Mehrheit, mithin relativ viele, wovon die Glosse sagt [8]): »Nota, quod dicta paucorum non infamant, sive non inducunt famam; unde praelatus propter hoc non movebitur ad inquirendum: fama enim debet esse per villam, sive parochiam, ad hoc ut fiat inquisitio.« Sie stellt sich zugleich die Frage: »Sed quot appellabis paucos, ut non dicatur infamatus?«, und antwortet: »Credo, quod major pars viciniae requiratur, quia fama loci requiritur, non fama aliquorum.« An dem verbreiteten übeln Rufe ist ferner erforderlich, daß er nicht die ausgesprochene Meinung von Feinden, Neidern und Verleumdern sein darf, sondern die von besonnenen und rechtschaffenen Leuten sein muß. Die Vorschrift lautet [9]): »si per clamorem et famam ad aures superioris pervenerit, non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et honestis,« wie sie von dem Infamations-Verfahren galt.

6. Die insinuatio ist das einfache Anzeigen oder Inkenntnißsetzen Auch im Strafprozesse hat das Wort insinuare nicht eine prozessualistisch technische Bedeutung, wie das denuntiare sie hat, weßhalb das letztere hier nicht gebraucht werden konnte. Der Gegenstand dieser Anzeige ist bei unserer Insinuation nicht die Fama, sondern die Verübung eines Deliktes durch einen bestimmten Schuldigen [1]); und Beide sind, wie gezeigt, von einander verschieden. Jene wäre clamor per famam, nicht clamor insinuationis. Von dieser nun wird, wie von der Fama, gefor-

---

7) C. Qualiter. 24. X. h. t.

8) C. Inquisitionis. 21. §. 2. X. h. t. v. dicta paucorum.

9) C. Qualiter. 24. X. h. t.

1) Auf eine solche bezieht sich in c. Inquisitionis. 21. §. 1. X. h. t. die Anfrage: ». . . utrum ad petitionem quorundam, quasdam scedulas vobis occulte tradentium, infamationem episcopi continentes, sit ad inquisitionem eorum, quae in ipsis continentur scedulis, procedendum«, und die Antwort: ». . . Nec ad petitionem eorum, qui libellum infamationis porrigant in occulto, procedendum est ad inquisitionem, super contentis ibidem criminibus faciendam.«

dert, daß sie von besonnenen und rechtschaffenen Leuten ausgeht [2]), und ferner, daß sie eine frequens sei. »Tunc enim,« heißt es [3]), »clamor pervenit . . . cum per . . . insinuationem frequentem,« oder, was dasselbe ist [4]): »nec semel tantum, sed saepe, quod clamor innuit et diffamatio manifestat.« Frequens aber ist, wie unser häufig, das wiederholte Vorkommen einer Begebenheit seiner Menge nach betrachtet, da das saepe, wie unser oft, das Vorkommen der Zeit nach andeutet. Wie die Fama nicht eine vorübergehende, sondern eine bleibende und von Vielen ausgesprochene übele Meinung ist, so soll die Insinuation eine oft wiederholte sein. Eben dem Erlasse in c. Licet Heli. 31. X. de simonia lag eine solche zu Grunde. Nach der Einleitung fährt Innocenz III. so fort: »Cum igitur de abbate Pomposiano ea nobis frequenter insinuata fuissent, quae ab honestate regulari nimium dissonabant, monachis ad praesentiam nostram accedentibus, quidam ex ipsis nobis ipsum de simonia, perjurio, dilapidatione ac insufficientia detulerunt.« Es waren häufige Anzeigen voraufgegangen, und ihnen folgte eine Denuntiation [5]). Innocenz bemerkt ferner: »Nos, ut praediximus, frequentibus clamoribus excitati, ex officio nostro voluimus inquirere de praemissis.« Von päpstlichen Legaten in der Diöcese Agde meldet Innocenz in einem andern Erlasse vom 25. Mai 1205 [6]): »quia de venerabili fratre nostro Agathensi episcopo per frequentem clamorem multa sibi fuerant insinuata sinistra, voluerunt descendere ac videre, si clamorem opere complevisset.« Auf eine ähnliche Veranlassung ordnete Gregor IX. gegen den Bischof von Acerenza eine Inquisition an. Er sagt davon [7]): »Cum clamor validus contra Acherontinum episcopum super simonia et aliis criminibus ascendisset, Melfitensi et Rubensi episcopis dedimus in mandatis, ut super his diligenter veritatem inquirerent.« In Beziehung auf den nämlichen Bischof äußert er an einer andern Stelle [8]): »In tantum clamor, qui ascendit contra Acherontinum archiepiscopum, invalescit, quod dissimulare ipsum ulterius sine scandalo non valemus, nec

---

[2]) §. 5. Not. 9.
[3]) §. 5. Not. 7.
[4]) §. 4. Not. 2.
[5]) Gl. v. detulerunt: »id est, denuntiaverunt, ut sequentia probant.«
[6]) C. Cum dilecti. 18. X. h. t. VIII. Kal. Jan. an. VIII., 25. Mai 1205.
[7]) C. Cum clamor. 53. X. de test. (2. 20.)
[8]) In tantum. 4. X. de collus. deleg. (5. 22.)

sine periculo tolerare . . . . Licet autem sedes apostolica frequentibus clamoribus excitata, inquisitionem quorundam excessuum suorum duxerit committendam . . . tamen . . . pejora prioribus committere non expavit.« Eben so kann auf häufige Denuntiationen eine Inquisition beschlossen werden, da in dieser Beziehung die Form der Anzeige keinen Unterschied macht. Zwischen beiden Weisen besteht der Unterschied darin, daß auf eine einfache Anzeige kein gerichtliches Verfahren eintreten darf, auf eine einzelne Denuntiation aber nur das summarische Accusations-, und nicht das Inquisitions-Verfahren. Treffen Insinuationen mit einer Denuntiation zusammen, so kann auf den Grund der einen oder auch der andern vorgeschritten werden. Als im c. Licet Heli. 31. X. de sim. der Abt Pomposian die Denuntiation wegen Unterlassung vorgängiger Warnung als unzulässig bekämpfte und die Denuntianten die Warnung beharrlich behaupteten, ging Innocenz zur Inquisition von Amts wegen auf den Grund der häufigen Insinuationen über. Hier fragt sich nun, ob eine einzelne Denuntiation auch eine Inquisition zur Folge haben könne, wie wohl behauptet wird[0]). Zum Beweise werden zwei Erlasse von Innocenz III. angerufen, jedoch ohne Andeutung, wie er darin gegeben sei. Da er nicht sofort in die Augen fällt, so müssen beide Stellen näher geprüft werden.

7. Die erste Stelle ist ein Schreiben an den Erzbischof von Besançon vom 29. Juni 1198[1]). Schon das Datum läßt nicht zweifelhaft, daß hier nicht die Rede von unserer Inquisition sein kann[2]). Der Inhalt aber spricht ebenfalls nicht dafür. Es handelte sich um eine schon unter Clemens III. anhängig gewordene Untersuchung: »Sane, cum, schrieb Innocenz, ex literis . . . ad apostolicae sedis audientiam pervenisset, te varia crimina commisisse, ac ab eis fuisset per easdem super perjurio, crimine simoniae et incestus delatus.« Die Beschuldigung war von dem Beauftragten als eine förmliche Anklage eingeführt worden. Clemens III. nahm die Accusation an und ließ die Vorladungen ergehen. Der Beschuldigte und die Ankläger erschienen im Termine, und von dem Gerichte sagt Innocenz: »exspectavimus aliquamdiu, si qui forsan contra te procederent, et quae de te literis intimaverant, proponerent inscribendo.« Darauf wollte sich Nie-

---

[0]) Fr. A. Biener. Beiträge zu der Geschichte des Inquisitions-Prozesses. Leipzig. 1827. S. 56. 58.

[1]) C. Licet in beato. 14. X. h. t. Dat. Romae etc. IV. Id. Jun. 1198.

[2]) Tit. 1. §. 4.

mand einlassen: »Ceterum cum nec ullus appareret, qui te ita impeteret de praedictis, ne aliquid de contingentibus omittere videremur, ab J. et O. archidiaconis in nostra et fratrum nostrorum praesentia constitutis quaesivimus diligenter, si quid super praemissis adversus te pro se vel pro aliis proponere vellent, ut quod scripserant legitime demonstrarent.« Auf die wiederholte und spezielle Aufforderung wurde geantwortet: »quod non proposito accusandi haec scripserunt, sed quia tu super quibusdam incorrigibilis videbaris, quaedam de te apostolicae sedi duxerant intimanda; sed nuntius, qui pro literis accesserat impetrandis, mandati formam excessit.« Da keine Accusation beabsichtigt war, so konnte auch auf dem beschrittenen accusatorischen Wege nicht fortgegangen werden. Hat nun Innocenz III. von diesem Standpunkte des Prozesses aus ein Inquisitions-Verfahren angeordnet? Nach seinen oben vorgetragenen Grundsätzen über dieses Verfahren konnte er das nicht, weil weder Infamation, noch auch häufige Insinuation gegeben war. Das Uebergehen auf den Weg der Denuntiation war eben so unzulässig, weil sich auf einen begonnenen Prozeß kein anderer aufpfropfen läßt. Auch konnte die Sache nicht auf die alte Weise durch Purgation zu Ende geführt werden, weil nicht einmal mehr eine Accusation bestand, viel weniger ein Beweis angetreten und irgend eine Art von Beweis erbracht war. Innocenz ergriff das einzig Richtige: er schloß die Accusation durch einen Spruch gegen die Kläger sowohl, als gegen den Angeschuldigten. Da die Kläger keine Accusation beabsichtigt hatten, konnten sie nicht wegen Tergiversation und noch weniger wegen Calumnie bestraft werden; allein ganz schuldlos waren sie in so fern nicht, als sie bei Einbringung ihrer Beschuldigungen nicht mit erforderlicher Vorsicht und Umsicht gehandelt hatten, und das zwar ihrem Erzbischofe gegenüber, und gegen sie war eine dem Versehen entsprechende Strafe gerechtfertigt. Innocenz entschied: »Nos igitur, famae tuae consulere cupientes, dictis canonicis, contra te super praedictis silentium duximus imponendum, ne te de cetero eis super his accusare liceat vel etiam infamare;« ferner: »Quia vero praedicti canonici citra vinculum inscriptionis desistere voluerunt, eis de juris permissione id non duximus imputandum.« Durch dieses Verbot der Accusation waren die Bestraften auch außer Stand gesetzt, ein Purgations-Verfahren hervorzurufen. Ihnen war aber zugleich das Infamations-Verfahren, infamare, untersagt. Hier zeigt sich denn, daß sich Innocenz III. bei Abfassung des Urtheilsspruches in diesem Prozesse das alte System des Strafverfahrens gedacht hat. Auf der andern Seite sprach er den Be-

schuldigten frei: »illius sequentes exemplum,« schrieb er ihm: »qui cum mulieri dixisset: nemo te condemnavit, mulier? et illa: nemo, Domine, nec ego, inquit, te condemnabo; vade jam, amplius noli peccare.« Hat denn Innocenz vielleicht jetzt gegen den Freigesprochenen unsere Inquisition von Amts wegen verfügt? Das wäre ungereimt und ungerecht gewesen. Er verfügte: »Ne autem in absolutione tua minus canonice procedere videamur, quamvis potius in odore bonae opinionis coepiscoporum nostrorum, quam eorum infamia delectemur, venerabili fratri nostro Cabilonensi episcopo et dilecto filio abbati de Firmitate inquisitionem famae tuae duximus committendam.« Diese inquisitio famae war aber keine inquisitio veritatis ex officio; sie war eine Beschränkung der Freisprechung, die eine Purgation zur Folge haben konnte. — So enthält die ganze Stelle keine ferne Andeutung von dem Satze, den sie beweisen soll.

Die zweite Stelle enthäl eine Weisung an zwei delegirte Richter zur Untersuchung gegen einen spanischen Bischof vom 1. Septbr. 1206[3]). Der Zeit nach kann darin eine Bestimmung über unsere Inquisition erwartet werden, auch hat der Inhalt den Schein, daß er sich darauf bezieht. Das Wort inquisitio kommt dreimal darin und in Verbindungen vor, daß es scheinen kann, es sei im Sinne von jener zu deuten. So ist denn die Hauptfrage, ob es diese Bedeutung hat. — Den Gegenstand der Untersuchung und den Inhalt des ertheilten Auftrages gibt dieser Satz an: »Sane, venientibus ad apostolicam sedem dilectis filiis G. Grossi et H. Canonicis Vicensibus et multa gravia et enormia contra venerabilem fratrem nostrum vicensem episcopum proponentibus coram nobis, quia ista non debebamus dissimulatione transire, vobis, frater archiepiscope et fili archidiacone inquisitionem illorum duximus committendam.« Es war also eine Denuntiation eingebracht und angenommen, und darauf hin eine Untersuchung zur Beweisführung nach dem Gange des Denuntiations-Prozesses angeordnet[4]). Daß an sich der Prozeß ein solcher war, wird nicht bestritten;

[3]) C. Cum oporteat. 19. X. h. t. Kal. Sept. an. IX. (1206).

[4]) In c. Veritatis est. 8. X. de dolo. (2. 14.) lag ebenfalls eine solche Denuntiation vor. In der pars decisa heißt es: ». . . cum ipsi canonici nostri bono zelo . . . episcopum accusare, et . . . enormitates easdem ad aures nostras deferre curarunt.« Von den Delikten bestand nur über die dilapidatio eine »publica fama.« Die Untersuchung bestand daher nur in dem entsprechenden Beweisverfahren.

mithin war die aufgetragene inquisitio das Beweisverfahren nach den Regeln dieses Prozesses, in welcher allgemeinen Bedeutung das Wort auch schon, wie früher nachgewiesen, bei der römischen Accusation gebräuchlich war. Der eingeleitete Prozeß hielt indessen nicht seinen ungestörten Fortgang. Der Beschuldigte legte, bevor eine Citation von den Delegirten ihm zugegangen, mithin der Prozeß gerichtlich anhängig war, persönlich Berufung an den Apostolischen Stuhl ein. Diese Berufung hinderte das Anhängigwerden des Prozesses. Die in Person vorgebrachten, vermuthlich auch genügend nachgewiesenen Gründe zur Abwehr des Prozesses waren offenbare Feindschaft der Denuntianten, inimici manifesti, ihre Verbindung mit seinen Gegnern und der Umstand, daß sie ihre Blutsverwandten und Mitschuldige, complices, als Zeugen vorführen wollten, und gegen beide Theile, die Denuntianten und die Zeugen, wurde als Einrede aufgestellt: »qui ad denuntiandum seu testificandum admitti non debent aliqua ratione, utpote juramenti praestiti transgressores et aliis criminibus irretiti.« Das bewog Innocenz III., daß er den Delegirten diese neue Weisung zugehen ließ: »Ne vero per leve compendium ad grave dispendium veniatur, discretioni vestrae per apostolica scripta madamus, quod, nisi super praedictis famam ipsius laesam esse noveritis, vos ad inquisitionem illorum non subito procedatis.« Diese Weisung war darin neu, daß die Vornahme der Untersuchung eine bedingte und von der Kenntniß der Delegirten von der Infamation des Beschuldigten wegen der ihm vorgeworfenen Delikte abhängig erklärte war. Hinsichtlich der Untersuchung aber war sie nicht neu. Die Untersuchung war und blieb die ihnen früher aufgetragene, das Beweisverfahren in Folge der Denuntion. Das Nichtwissen der Richter von der Infamation war also der Grund, den Prozeß einstweilen nicht anhängig zu machen und nicht fortzuführen; ihre Kenntniß von der Infamation aber war der Grund, ihn anhängig zu machen und durch Vornahme des Beweis-Verfahrens fortzusetzen, und sie war nicht der Grund zu einem neuen Prozesse, zu einer Inquisition im späteren technischen Sinne nämlich. Zu dieser Deutung des Wortes gibt die Stelle keinerlei Anlaß, sie ist willkürlich. Auch die beiden folgenden Sätze der neuen Weisung sprechen dagegen. Der erste lautet so: »Quodsi ad inquisitionem fuerit procedendum, praedictos vel alios, quos ipsius esse constiterit inimicos, nec ad prosequendam inquisitionem, nec ad perhibendum testimonium contra ipsum episcopum admittatis, sed per viros idoneos super his, quae gesta sunt, inquiratis diligentius veritatem.« Der zwei-

theilige Satz entspricht der zweitheiligen Einrede des Beschuldigten gegen die Denuntianten und die Zeugen. Der erste Theil bezieht sich auf die Denuntianten: die von ihnen Feinde des Beschuldigten sind, dürfen weder das Beweis-Verfahren fortführen, noch auch als Zeugen zugelassen werden. Die inquisitio war also das Beweis-Verfahren, und zwar das des Denuntiations-Prozesses, wobei der Denuntiant den Beweis zu führen hatte, und nicht das der Inquisition, wobei der Richter von Amts wegen den Beweis ermittelte. Der zweite Theil steht der Einrede, daß Verbrecher zum Zeugnisse vorgeführt werden sollten, gegenüber, und wird auf die Unzulässigkeit solcher aufmerksam gemacht, mit dem Bedeuten, nur durch zuverlässige Zeugen sollte die Wahrheit ermittelt werden. Der andere Satz: »et, si nihil grave probatum fuerit contra ipsum, vos purgationem canonicam indicatis eidem,« schließt die Weisung mit der Auflage der Reinigung, wie sie beim Purgations-Verfahren zulässig war, wenn ein Verdacht gegen den Beschuldigten bestehen blieb [3]). Der Prozeß war also von Anfang bis zum Ende ein Denuntiations-Prozeß, der durch die erhobenen Einreden nur die Modifikation nach dem Purgations-Verfahren erhielt, und kann daher die aufgestellte Behauptung durch den Inhalt dieses Kapitels nicht unterstützt werden.

8. Das Obwalten der Fama wird, wie jede äußere Thatsache, durch Zeugen bewiesen. Das Beweisthema ist nicht die eigene nachtheilige Meinung der Zeugen, ohne jedoch davon ausgeschlossen zu sein, sondern ihr Wissen von der Kundgebung einer solchen Meinung durch Aeußerungen oder Handlungen von vielen und rechtschaffenen Leuten. Außer dem Grunde ihres Wissens müssen sie zugleich diejenigen namhaft machen, von denen sie die Verdächtigung vernommen haben, damit beurtheilt werden kann, ob diese wirklich rechtschaffene Leute sind, und außerdem, um die Verbreitung zu ermessen, daß sie es oft vernommen haben, und dies die Meinung des größten Theiles der Gemeinde ist [1]).

Diese Beweisführung über die Infamia setzt voraus, daß die Infamia dem Vorgesetzten durch einen Dritten [2]) zur Kenntniß gekommen ist. Haben den Vorgesetzten eigene Wahrnehmungen von der Thatsache über-

---

[3]) B. 5. T. 8. §. 3.

[1]) Durand. lib. 3. part. 1. de inquis. §. 3. n. 9. Fagnan. zu c. Qualiter. 24. X. h. t. n. 85.

[2]) Gl. zu c. Si is, cui. 2. h. t. in 6. in cas: »fuit facta inquisitio ad querelam alterius, non autem ex officio.«

zeugt, so ist die Voruntersuchung entbehrlich[3]). Denn die Beweisführung selbst ist nicht eine unerläßliche Vorbedingung, sondern die Thatsache der Infamia ist es. Das Nämliche gilt auch von der häufigen Insinuation.

Der Beschuldigte kann das Bestehen oder die gesetzliche Beschaffenheit der Infamia selbst[4]), wie auch die Beweisführung bekämpfen[5]), oder den Gegenbeweis durch eine größere Zahl von Zeugen führen[6]). Erhebt er gegen die Voruntersuchung oder gegen die mit Uebergehung einer solchen vorgenommene Spezial-Inquisition keinen Einspruch, so erleidet die fernere Verhandlung durch jene Unterlassung keinen Nachtheil[7]). Die Voruntersuchung ist also in so fern kein wesentlicher Theil des Inquisitionsprozesses, als darauf verzichtet werden kann[8]); sie selbst ist es, wie bemerkt, auch an sich nicht so, wie bei der solemnen Accusation die Inscription es ist, sondern die Infamia ist es[9]).

Steht die Infamation fest, so kann der Infamirte, wie beim Infamationsverfahren[10]), vom Officium, je nach der Schwere des Deliktes, der Größe der Infamation und des Aergernisses zugleich auch vom Beneficium[11]) suspendirt werden; daß er aber nicht befördert werden kann, ist eine Folge der faktischen Ehrlosigkeit[12]), zugleich auch der Inquisition, wie sie bei der Delation eintritt[13]).

---

[3]) Durand. bezeichnet dieses a. a. O. n. 80. so: »Porro si proceditur in inquisitione ex officio, nullo eam prosequente, vel promovente, seu impetrante.«

[4]) Gl. zu c. Postquam. 1. h. t. in 6. in cas.: ». . . judex non debet contra aliquem inquirere, nisi sit de crimine diffamatus, et potest ille, contra quem inquiritur, allegare et proponere, quod non est diffamatus.« — v. fuerunt: »si infamatus non erat . . . debuit appellare.« Durand. l. c. §. 1. n. 2.

[5]) Durand. l. c. §. 1. n. 16.

[6]) Id. l. c. §. 3. n. 12: ». . . dicta plurium praeferenda, dummodo eum probent bonam, sicut illi malam.«

[7]) C. Si is, cui. 2. h. t. in 6: ». . . processum hujusmodi ex eo, quod non fuit de infamia primitus inquisitum, ulterius impugnare nequibis.«

[8]) Gl. ibid. v. nequibis: »Non ergo ordo iste ita est de substantia, quod ei renuntiari non possit.«

[9]) Fagnan. l. c. n. 60: ». . . totus mundus sequitur hanc conclusionem, quod inquisitio non praecedente diffamatione facta nulla et invalida sit.«

[10]) B. 5. T. 8. §. 10.

[11]) Gl. zu c. Inter sollicitudines. 10. X. de purg. can. (5. 34.) v. ecclesiastica constitutio: ». . . tamen propter enormitatem delicti et scandalum et infamiam magnam inde ortam statim potest episcopus ipsum suspendere ab officio et beneficio.«

[12]) Th. 2. B. 2. T. 3. §. 11.

[13]) Gl. zu c. Omnipotens. 4. X. h. t. v. nuntiantur: ». . . cum etiam

Diese Folgen sind ein Grund mehr, die Spezial-Inquisition nicht rasch zu beschließen und zu beginnen, so wie auch die Voruntersuchung vorsichtig und ohne Aufsehen vorzunehmen[14]).

9. Da außer der Infamation oder den häufigen Insinuationen keine andere gerichtliche Handlungen als Vorbedingungen des Beginnes des Beweis-Verfahrens, das heißt, der Spezial-Inquisition vorgeschrieben sind, so kann diese sofort angetreten werden. Der Beschluß der Vornahme der Spezial-Inquisition hat also die Wirkung der Versetzung in den Anklagestand bei der Accusation[1]). Es kann hier also nach einer Litiscontestation nicht die Frage erhoben werden[2]). Eine Reinquisition ferner ist eben so wenig zulässig[3]), weil die Untersuchung von Amts wegen verfügt ist und durchgeführt wird. Dieses Verfahren selbst hat keine Eigenheiten, wodurch es sich von dem des Civil-Prozesses unterschiede; dabei ist denn insbesondere auch eine Vertretung durch einen Prokurator statthaft[4]). Anderes ist hier nur um der größeren Deutlichkeit willen spezieller zu erwähnen.

10. Gegenstand der Untersuchung sind die Beschuldigungen, worüber die Infamation besteht, und welche sich bei der General-Inquisition als solche, oder aus den häufigen Insinuationen ergeben, capitula inquisitionis. Auf diese hat sie sich zu beschränken, und auf sie allein lautet

---

aliquis accusatur, aut denuntiatur, vel etiam inquiritur, gravata est statim ejus opinio, ut interim non debeat promoveri.«

[14]) Hierüber bemerkt die Glosse zu c. Postquam. 1. h. t. in 6. in cas.: »... hodie communiter, prius (quam) aliquis citatur ex officio super crimine, et fit inquisitio et examinatio sive informatio secreta, et factis informationibus, si constet judici, quod talis est diffamatus super illo crimine, judex praecipit, ut citetur ad comparendum personaliter.«

[1]) B. 4. Tit. 4. §§. 8. 9.

[2]) C. Quoniam. 5. §. 5. X. ut lit. non cont. (2. 6.). Innoc. III. a. 1208: »Sunt et alii casus similiter speciales . . . in quibus absque litis contestatione legitime possunt testes produci, ut, quando excessuum inquisitio . . . imminet facienda.« Gl. zu c. Cum J. et A. 22. X. de sent. (2. 27.) v. Lite non contestata.

[3]) Gl. zu c. Qualiter. 24. X. h. t. v. ad inquirendum: ». . . numquid reus posset petere a judice, ut reinquirat contra illum, qui impetravit inquisitionem . . .? Dicas, quod non, quia inquisitio judicis officio expeditur, non jure actionis.«

[4]) C. Super his. 16. in f. X. h. t.: ». . . Licet enim agatur de crimine, non est tamen hujusmodi quaestio criminalis; unde per procuratorem potest rite tractari.«

die Vereidigung der Zeugen und ihre Vernehmung[1]). Im Stadium der Beweisführung darf der Gegenstand des anhängigen Prozesses nicht geändert werden. Daher kann der Zeugeneid auch nur auf die Inquisitions-Kapitel lauten, und wenn er auch in allgemeiner Form abgelegt wäre, so würde er doch alle nicht zur Inquisition gehörige Punkte ausschließen und so zwar, daß die Zeugen über andere nicht gefragt werden dürften, und was sie dennoch darüber aussagten, dürfte, als nicht unter Eid Bezeugtes, keine Beachtung finden[2]).

11. Da der Inquisitions-Prozeß den Charakter des Civil-Verfahrens, und nicht der Accusation hat[1]), so sind auch von den verdächtigen Zeugen nur diejenigen unzulässig, die es auch bei Civil-Klagen sind[2]), die andern aber nicht, und namentlich dann nicht, wenn sie sich gebessert haben[3]).

Hier ist noch die Frage zu erwägen, ob diejenigen, welche der

---

[1]) C. Inquisitionis. 21. §. 1. X. h. t. §. 3. Not. 5. Gl. ibid. v. solummodo super illis: »Et hic habes quod de occultis non est inquirendum, nec super illis juratur .... Unde si dicant testes super his, non valent talia dicta, utpote non jurati ... quia ad hoc non inducuntur.« — C. Licet Heli. 31. X. de simon.: »... ex officio voluimus inquirere de praemissis omnes monachos ... juramenti vinculo adstringentes, ut de propositis plenam quam scirent, exponerent veritatem.« Gl. ibid. v. propositis: »scilicet criminibus praedictis, de quibus denuntiatus fuerat et clamor ad Papam pervenerat, plenam et meram dicere veritatem.« Im c. Qualiter. 17. X. h. t. ist fast das Nämliche wiederholt: »... jurent clerici, quod super his, quae sciunt vel credunt esse in sua ecclesia reformanda .... exceptis occultis criminibus, et plenam dicant inquisitoribus veritatem.« Die Glosse bemerkt in cas.: »... Nota, quod ... in inquisitionibus faciendis de occultis nec quaerendum est, nec dicendum, sed de his tantum, de quibus infamia praecessit.«

[2]) Gl. zu c. Qualiter. 17. X. h. t. v. exceptis occultis: »quia super his inquisitio fieri non debet, sed super illis tantum, de quibus infamia praecessit, ... et si testes de occultis dicunt, non puniuntur, ... quia super his non juraverunt.« Durand. l. c. §. 3. n. 23: »... nam etsi aliqua, super quibus non esset infamatus, contra eum probaremus, non esset propterea puniendus.« §. 4. n. 6: »... Si autem testes super inquisitione inducti probent aliquod crimen, de quo non fuerat infamatus, nec ex hoc damnabitur.«

[1]) Tit. 1. §. 5. Not. 10.

[2]) B. 1. T. 10. §. 4.

[3]) C. Per tuas litteras. 32. X. de simon.: »... illas duntaxat exceptiones probandas admisimus, quibus forte probatis testes ... malignitatis fomite processisse constaret, ut conspirationes et inimicitias capitales; ceteras autem exceptiones, ut furti et adulterii ... duximus repellendas ... praesertim cum testes de crimine fuerint emendati .... cum ageretur non criminaliter .... sed civiliter.« Gl. ibid. v. taliter u. v. civiliter.

Obrigkeit die Anzeige von der obwaltenden Infamia gemacht und dadurch die Inquisition hervorgerufen haben, und diejenigen, von denen die häufigen Insinuationen ausgingen, als zulässige Zeugen gelten können. Da sie durch keine gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen sind, so kann die Antwort nur aus andern Vorschriften abgeleitet werden. Am nächsten liegen die über Kläger und Ankläger [4]), die nicht zugleich Zeugen sein können; allein sie sind hier nicht anwendbar, weil jene Personen Beides nicht sind. Ihre Handlung selbst macht sie auch nicht verdächtig, weil sie nichts Verdächtigendes an sich trägt und gesetzlich nirgend als eine verdächtigende bezeichnet ist. Ist sie im concreten Falle wirklich verdächtig, so muß dafür ein anderer, außer ihr liegender Grund gegeben sein, etwa Feindschaft, Neid, und dann fällt sie unter die allgemeine Vorschrift über die Zulassung der Zeugen.

12. Ueber das Beweis-Verfahren und insbesondere über die Vernehmung des Inquirenden schreibt das Lateranensische Concil vor [1]): »Debet igitur esse praesens is, contra quem facienda est inquisitio, nisi se per contumaciam absentaverit, et exponenda sunt ei illa capitula, de quibus fuerit inquirendum, ut facultatem habeat defendendi se ipsum.« Es fährt mit einem neuen Satze fort: »Et non solum dicta, sed etiam nomina ipsa testium sunt ei, ut, quid et a quo sit dictum, appareat, publicanda, nec non exceptiones et replicationes legitimae admittendae, ne per suppressionem nominum infamandi, per exceptionum vero exclusionem deponendi falsum audacia praebeatur.« Die beiden Sätze bezeichnen zwei ganz verschiedene und getrennte Handlungen des Beweisverfahrens. Die erste bezieht und beschränkt sich auf die Inquisitionspunkte, über welche die Beweisführung noch erst erfolgen soll, die zweite setzt die Beweisführung und die Publikation als geschehen voraus.

Die erste Handlung ist eine zweiseitige: der Richter theilt die Capitula mit und der Inquirend vertheidigt sich dagegen. Dabei handelt aber der Richter nicht bloß als ein solcher, sondern zugleich auch als Kläger. Und in dieser doppelten Eigenschaft stellt er die Capitula auf, eröffnet sie dem Beschuldigten und fordert ihn zur Beantwortung auf, welcher derselbe sich nicht entziehen darf, sondern Folge leisten muß. So ist denn diese Gerichtshandlung nichts anderes, als die im kanonischen Prozesse

[4]) B. 1. T. 10. §. 8.

[1]) C. Qualiter. 24. X. h. t.

vor dem Beweis-Verfahren übliche Vorverhandlung durch Positionen und Responsionen [2]). Diese sind zwar nicht im accusatorischen und eigentlichen Strafprozesse, wohl aber im Inquisitions-Verfahren zuläßig, weil es ein civiles, und nicht ein criminelles ist. Indessen kann der Eid, jur. respondendorum, einerseits von dem Inquirenden, eben weil es sich um Delikte handelt, nicht gefordert werden [3]), wie andererseits der entsprechende, jur. dandorum, der richterlichen Auktorität widerstreitet. Da diese Positionen nur eine Erleichterung der Beweisführung bezwecken [4]) und nicht eine wesentliche Form des Verfahrens sind; so sind sie auch nicht unerläßlich und hängt von ihnen die Gültigkeit des Beweis-Verfahrens nicht ab [5]). Die Sache selbst jedoch, die Mittheilung der Beschuldigungspunkte und die Aufnahme der Vertheidigungsgründe oder der Entschuldignngen, ist unerläßlich.

Was die Anwesenheit des Inquirenden bei dieser Verhandlung, wie auch bei den folgenden, angeht, so ist sie in Gegensatz zur Contumacia, oder der verschuldeten Abwesenheit gestellt, mithin ist die Vornahme des Beweis-Verfahrens nur bei verschuldeter Abwesenheit als zuläßig erklärt. Hieraus folgt, daß gegen einen unverschuldet Abwesenden die Untersuchung nicht vor sich gehen kann. Damit ist indessen nicht vorgeschrieben, daß der Inquirend persönlich gegenwärtig sein muß und er sich nicht durch einen Prokurator vertreten lassen kann, auch nicht, daß der Richter sich nicht könne vertreten lassen, wie ferner nicht, daß die Vernehmung und die Beantwortung nur mündlich, nicht schriftlich geschehen dürfe.

13. Die zweite Handlung beschäftigt sich mit dem eigentlichen und dem uneigentlichen Gegenbeweis [1]). Sie setzt, wie erinnert, die Beweis-

---

[2]) B. 2. T. 3. §. 1. 2.

[3]) Giraldi zu c. ixlitteris. 32. X. de jureg.

[4]) B. 2. T. 3. §. 2. Not. 20. In diesem Sinne bemerkt auch die Glosse zu c. Qualiter. 24. X. h. t. v. reddere rationem. Additio: »Ex hac auctoritate ... nota duo: primo, quod ipse inquirendus est prius interrogandus, et non testes, quia, si confiteretur, non esset opus testibus, secundo, quod suae excusationes sunt audiendae.«

[5]) Das ist der eigentliche Grund davon, daß die Vernehmung des Inquirenden unbeschadet der Gültigkeit des Prozesses auch nach dem Zeugenverhöre Statt haben kann. Fagnan. lehrt a. a. O. n. 32: »Numquid autem valeat processus in inquisitione speciali, si fiat inquisitio non traditis reo capitulis, dicendum est, valere, si non opponatur.« Dieser Grund ist indessen nicht der richtige. Die Gültigkeit hängt nicht von dem Willen des Inquirenden ab, auch kann er nicht fordern, vor den Zeugen verhört zu werden.

[1]) B. 2. T. 3. §. 14.

aufnahme und die Publikation [2]), voraus, und dabei ist namentlich eine genaue Mittheilung der Zeugenaussagen vorgeschrieben [3]), damit der Inquirend in den Stand gesetzt wird, durch seine Einreden, exceptiones, und, wenn diese bestritten werden, durch seine Replikationen den geführten Beweis zu bekämpfen. Außer dieser, gegen den geführten Beweis gerichteten, Beweisanfechtung kann der Beschuldigte auch seinen eigentlichen Exceptionen und Replikationen zur Bekämpfung der Beschuldigungen Geltung verschaffen.

14. Von dem Zeugenbeweise bei der Inquisition gegen den Abt Pomposian [1]) sagt Innocenz III.: »Quorum depositiones cum in scripturis redactae publicatae fuissent, super illis coeperunt multipliciter disputare.« Das ist die Schlußhandlung durch die gegenseitigen Disputationen oder Allegationen [2]).

Da der Aktenschluß, conclusio in causa, die beiderseitige Erklärung der Parteien in einem Civilprozesse, auf eine weitere Vertheidigung, oder Allegation, zu verzichten, ist, der Richter aber bei der Inquisition dem Beschuldigten nicht als eine Partei gegenüber steht; so kann hier von keinem Aktenschlusse die Rede sein. Indessen kann der Richter dem Beschuldigten eine fernere Vertheidigungsfrist anberaumen.

15. Ueber die Form dieser Inquisitions-Verhandlungen und des Beweis-Verfahrens insbesondere ist hier zunächst noch die Frage zu erwägen, ob die Vornahme an Ort und Stelle geschehen müsse. Die Untersuchung an Ort und Stelle kann allerdings die Beweisführung er-

[2]) A. a. O. §. 5—9.

[3]) Das ist wiederholt in c. Olim. V. et P. 26. X. h. t.: »... Si testes contra eundem abbatem producti fuerint, dictorum eorum ei copiam dari faciatis.« Es muß also schriftliche Mittheilung geschehen. Gl. ibid. v. copiam dari faciatis: »et hoc est notabile contra quosdam, qui non faciunt copiam dictorum et supprimunt testium nomina, a quibus juste possit appellari, licet dicatur, quod non usquequaque servari debet ordo juris, tamen in hoc bene servari debet.« Gl. zu c. Cum J. et A. 22. X. de sent. et re jud. (2. 27.) v. nec ostensis: »et illud non debuit ei denegari, immo omnia, quae sibi objiciuntur et dicta testium sunt danda eidem.« Eine Ausnahme ist nur bei der Inquisition wegen Häresie zulässig, wenn den Zeugen Gefahr droht. C. Statuta. 20. de haeret. in 6. (5. 2.). Aus dieser Ausnahme schließt die Glosse hierzu in cas. in f. auf die allgemeine Regel zurück: »Nota ex §. jubemus, quod in causis debet fieri publicatio nominum testium, etiamsi immineat periculum grave contra tales personas, quia est speciale in causa inquisitionis: contrarium est regulare.«

[1]) C. Licet Heli. 31. X. de scin.

[2]) B. 2. T. 3. §. 17. 18.

leichtern. Aus dieser Rücksicht spricht sich Durantis[1]) dafür aus, ohne indessen die Nothwendigkeit zu behaupten; er äußert vielmehr: »Quod si commode nequeat ad locum accedere, vocet ad se infamatum ad aliquem locum idoneum et securum.« Andere behaupten diese Nothwendigkeit[2]), weil es heißt: »tunc debet descendere et videre,« und einige Stellen ausdrücklich eine örtliche Untersuchung vorschreiben. Das »descendere et videre« enthält indessen eine solche Vorschrift nicht, sondern ist nur eine aus der alten Quelle[3]) entnommene bildliche Bezeichnung einer gründlichen Untersuchung, wie schon die beigefügte Erklärung »id est, mittere et inquirere« zeigt. Von sachlichen General-Inquisitionen gegen kirchliche Institute kann zwar in der Regel behauptet werden, daß eine gründliche Untersuchung nur an Ort und Stelle zu erwarten ist. Dabei liegt dann aber die Nothwendigkeit einer solchen nicht in der gesetzlichen Vorschrift, sondern in dem Gegenstande, der in der Unordnung der Amtsführung oder insbesondere in Vergeudung des Vermögens bestehen kann, oder in der Schwierigkeit der Vernehmung der Zeugen an einem entfernten Orte, wie beispielsweise die Berufung der Mitglieder eines Klosters. Und auf solche Fälle lauten alle angerufene Stellen[4]).

16. Für Inquisitionen gegen Regulare stellte das Lateranensische Concil[5]) die Regel auf: »Hunc tamen ordinem circa regulares personas non credimus usquequaque servandum, quae, cum caussa requirit, facilius et liberius a suis possint administrationibus

---

[1]) Durand. l. cit. §. 3. n. 1.

[2]) Biener a. a. O. S. 49. und Andere.

[3]) T. 1. §. 5.

[4]) In c. Licet Heli. 31. X. de simon. war der Abt Pomposian »de simonia, perjurio, dilapidatione ac insufficientia« beschuldigt, und die Commissäre sollten, »omnes monachos, qui vel cum ipso, vel contra ipsum accesserant,« unter Eid verpflichten, »ut de propositis plenam, quam scirent, exponerent veritatem.« In c. Cum J. et A. 22. X. de sent. et re jud. (2. 27.) war der Abt »super dilapidatione, perjurio, simonia et quibusdam aliis multipliciter infamatus,« und die Delegirten hatten den Auftrag, daß sie »tam in capite, quam in membris corrigerent corrigenda, et statuerent, quae statuenda viderent,« was sie nur an Ort und Stelle konnten. Das ebenfalls angerufene c. Praelatorum. 27. X. h. t. betrifft nicht einmal eine Inquisition, sondern ein Denuntiations-Verfahren: und dennoch mußten sich die Delegirten in die Diöcese begeben, weil der Bischof angeklagt war, »quod . . . bona sui episcopatus . . . graviter dilapidat et consumit . . . et vitam . . . ducit enormiter dissolutam.«

[5]) C. Qualiter. 24. in f. X. h. t.

amoveri.« Hieraus erklärt sich, daß Honorius III.[2]) und Gregor IX.[3]) Aufträge mit Inquisitionen gegen Aebte unter ausdrücklichem Beifügen, sie summarisch, »de plano et absque judiciorum strepitu,« vorzunehmen, ertheilten. Das summarische Verfahren ist also als eine gesetzlich begründete Ausnahme hinsichtlich der Regulare anzusehen, woraus nicht gefolgert werden kann, daß bei allen Inquisitionen ein gleiches eingehalten werden dürfe; es folgt vielmehr das Gegentheil.

17. Von der milderen Bestrafung beim Inquisitions-Verfahren ist schon zur Nachweise des civilrechtlichen Charakters desselben im Allgemeinen die Rede gewesen[1]); hier muß sie zur Gewinnung eines in etwa leitenden Maßstabes für die praktische Beurtheilung spezieller besprochen werden.

Seinem inneren Wesen nach ist dieser Prozeß die väterlich züchtigende Behandlung eines Straffalles und das Verhalten eines vernünftigen Hausvaters gegen untreue Diener, und der Beweggrund und das Ziel desselben ist Liebe und Zurechtweisung, nicht Abneigung und Bestrafung, vindicta. Die allgemeine Norm dafür ist: »non ex odii fomite, sed ex caritatis procedatur affectu[2]).« Die Natur dieses Verfahrens ist daher eine ganz andere, als die der Accusation; und dieser Natur gemäß müssen die zu verhängenden Uebel den Charakter der Züchtigung, nicht den der Sühnung, vindicatio, an sich tragen, und die Sühne, die ein schweres Delikt nothwendig macht, darf nur in der Steigerung der Züchtigung, nicht in wirklicher Bestrafung durch criminelle Strafen, gesucht werden. Und diese Strafmilderung ist mit der Prozeßform selbst verbunden und davon unzertrennlich. Es ist wiederholt als Norm aufgestellt[3]): »eo semper adhibito moderamine, ut juxta judicii formam sententiae quoque forma dictetur.« Die Glosse[4]) erläutert dies so: »Judex semper secundum finem, ad quem quis agit, formabit sententiam, h. e. depositionis in accusatione, remotionis ab administratione in inquisitione, poenitentiae peragendae in denuntiatione.« Innocenz III. zeigte in einem speziellen Falle die Anwendung

---

[2]) C. Ea, quae. 8. X. de stat. mon. (3. 35.). Gl. v. absque judiciorum strepitu.

[3]) C. Olim. 26. X. h. t. Gl. v. de plano.

[1]) T. 1. §. 5.

[2]) C. Qualiter. 24. X. h. t. T. 1. §. 5.

[3]) C. Qualiter. 24. X. h. t. C. Licet Heli. 31. X. de simon.

[4]) Zu c. Licet Heli. 31. cit. v. judicii formam.

dieser Regel. Auf die Anfrage des Erzbischofs von Canterbury über die Bestrafung der in den Klöstern seiner Diöcese eingerissenen Simonie antwortete er[5]): »si adversus eos, qui labe fuerint hujusmodi maculati, accusatio coram te fuerit canonice instituta, postquam crimen ordine fuerit judiciario comprobatum, tam in dantes, quam in recipientes, canonicae severitatis exerceas ultionem. Quod si de hoc tibi per solam inquisitionem constiterit, eos, qui per simoniacam pravitatem in locis talibus sunt recepti, ab illis amotos ad agendam poenitentiam ad monasteria dirigas arctiora. Abbatibus autem et abbatissis, prioribus, praelatis quibuslibet, et officialibus eorundem injungas poenitentiam competentem, et, donec illam peregerint, eos a sacrorum ordinum exsequutione suspendas, injungens episcopis tuis, ut hanc formam per suas dioeceses studeant observare.«

Das mit der Inquisition gegebene Maßhalten im Strafen, moderamen, hat Innocenz näher in dem Satze angegeben[6]): »non secundum rigorem juris, sed secundum temperantiam aequitatis, cum non ageretur criminaliter, . . . sed civiliter.« Hier ist die Billigkeit in Gegensatz zur Rechtsstrenge gesetzt, in welchem sie auch an sich steht. Sie mäßigt die Forderung nach dem strengen Rechte aus Rücksicht auf die Pflichten gegen Andere. Wenn sie nun das gesetzliche Prinzip für den ganzen Prozeß ist, so ist sie es ganz besonders auch für die Bestimmung des Strafmaßes. Hieraus folgt zunächst, daß die Strafbestimmungen der alten Kanones, canonicae severitatis ultio, hier nicht, wie bei der Accusation, zur Anwendung kommen dürfen, und sodann ferner, daß nach den Forderungen der Billigkeit mildere Strafen verhängt werden müssen.

Wie diese milderen Strafen zu ermessen seien, deuten die angeführten Beispiele an. Statt der strengen Strafe der Degradation wurde die Entfernung vom Amte wegen schwerer Delikte, si fuerit gravis excessus, als regelmäßige Strafe festgesetzt: »etsi non degradetur ab ordine, ab administratione tamen removeatur omnino;« jedoch auch diese nicht als die unabweichlich regelmäßige, sondern vielmehr als die höchste und als äußerste Grenze. Denn wegen des schweren Deliktes der Simonie, wovon Innocenz III. in der eben angeführten Stelle sagt: »propter immanitatem haeresis simoniacae, ad cujus comparationem cetera

[5]) C. Dilectus filius. 30. X. de simon.

[6]) C. Per tuas. 32. X. de simon.

crimina quasi pro nihilo reputantur," wurden die Klosterobern der Erzdiöcese Canterbury nur mit einer zeitweiligen Buße und mit Suspension vom Officium während dieser Bußzeit bestraft. Zwischen der gänzlichen Entfernung vom Amte und einer zeitweiligen Buße sind aber noch viele, verschieden modificirte Strafstufen möglich. Die Auswahl derselben hat der Richter nach den concreten Umständen zu ermitteln. Darüber gibt Innocenz III. die Weisung[7]): "alioquin secundum personae merita et qualitatem excessus poenam poterit judicantis discretio moderari." Solcher Umstände gibt er in der vorher angeführten Stelle[8]) noch einige in dem Satze an: "distinguendum, . . . utrum ipse sit regularis . . . an saecularis, qui adhuc in mundo existit, et an inferioris gradus, an excellentioris sit dignitatis. Ad haec, utrum ante fuisset clarae opinionis et bonae famae, an graviter infamatus et valde suspectus, et utrum de facili possit puniri, an sine scandalo nequeat condemnari." Der vorletzte Umstand hatte auf die Entscheidung gegen die der Simonie Schuldigen in der Erzdiöcese Canterbury Einfluß. Hinsichtlich der Bestrafung hatte der Erzbischof die Bedenklichkeit, "an, quia multitudo reperitur in causa, severitati sit aliquid detrahendum." An einer andern Stelle[9]) äußerte sich Innocenz für die gänzliche Lossprechung des Inquisiten mit dem Zusatze: "cum, etsi repertus sit culpabilis in quibusdam, ex labore tamen et pudore punitus, quos propter hanc caussam incurrit, hujusmodi levis culpa leviter ei valeat indulgeri," brachte also die durch den Prozeß verursachten Unannehmlichkeiten mit in Anrechnung.

Aus dem Angeführten läßt sich ohne weitere Erörterung entnehmen, wie die in den verschiedenen Fällen mannigfaltig gestalteten Umstände zu beurtheilen und zu berücksichtigen sind. Und alle diese Bestimmungen beziehen sich nicht auf minder schwere, sondern auf die schwersten Delikte, wie Mord, homicidium, und Simonie, und namentlich der Satz über die Strafbestimmung nach richterlichem Ermessen. Das verallgemeinernde "alioquin" steht in Beziehung auf die Vorfrage bei der Entscheidung: "utrum sit tale (videlicet) crimen, quod ordinis executionem suscepti aut retentionem beneficii etiam post peractam poenitentiam impediret, puta si homicidium commisisset, vel adeptus esset ordinem

[7]) C. Inquisitionis. 21. pr. in f. X. h. t.
[8]) C. Per tuas. 32. X. de simon.
[9]) C. Cum dilectus. 18. X. h. t.

aut beneficium vitio simoniae,« und die Antwort: »Quo casu erit, sicut in accusationis judicio, procendendum.« Die Strafe der Irregularität in Folge des Mordes oder Todtschlags und die Nichtigkeit der Amtsverleihung nebst der Irregularität aus der Simonie werden nicht durch die Buße, sondern nur durch Dispensation gehoben, und da sie gesetzlich eintreten, so muß der Richter, wenn solche Delikte auch beim Inquisitions-Verfahren erwiesen sind, die Strafen verhängen, ohne sie mildern zu können.

Jene Strafmilderung endlich muß auf die alten, unter Voraussetzung des Accusations-Prozesses erlassenen Strafbestimmungen beschränkt und darf nicht auf die späteren unter dem Inquisitions-Verfahren ausgedehnt werden.

18. Die General-Inquisition, gegen eine kirchliche Anstalt nämlich, kann eine administrative, paterna, und eine gerichtliche, judicialis, sein. Hier kommt nur die letztere in Betracht, und es genügt, davon die besonderen Eigenheiten anzugeben.

Eine General-Inquisition kann, wie die gegen Individuen [1]), veranlaßt werden, durch Infamia nämlich und durch häufige Insinuation; sie unterscheidet sich aber dadurch von ihr, daß sie, wie schon erinnert [2]), an Ort und Stelle vorgenommen wird und mit der Vereidigung der zu verhörenden Zeugen beginnt, »quod super his, quae sciunt vel credunt esse in sua ecclesia reformanda, tam in capite, quam in membris, exceptis criminibus occultis, meram et plenam dicant inquisitoribus veritatem [3]).« Das bei der Ausführung einzuhaltende Verfahren ist ein summarisches, und gegen Regulare kann eine Bestrafung leichter erfolgen [4]).

19. Der Prozeß wegen Häresie kann durch Accusation, Denuntiation und Diffamation anhängig werden und er hat das Eigene, daß er in jedem Falle ein summarischer ist [1]). Eine fernere Eigenheit ist, daß beim Beweisverfahren die Namen der Zeugen alsdann nicht genannt werden dürfen, wenn dies ihnen gefährlich werden kann [2]), nach einer späteren Bestimmung aber nie angegeben [3]), und daß auch sonst unzu-

---

[1]) §. 3. 6.

[2]) §. 15. Not. 4.

[3]) C. Qualiter. 17. in f. C. Cum dilecti. 18. X. h. t. C. Cum J. et A. 22. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

[4]) §. 16.

[1]) C. Statuta. 20. de haeret. in 6. (5. 2.)

[2]) C. Statuta. cit. in 6.

[3]) Pii IV. const. 41. Cum sicut non. 20. Novem. 1562.

lässige und verdächtige Zeugen angenommen werden[4]). Bei Gewinnung des Urtheils muß der Richter Sachverständige, Theologen, Kanonisten, zu Rathe ziehen[5]), und ein dem Häretiker günstiges Urtheil geht nie in Rechtskraft über[6]). Gegen einen verurtheilenden Spruch endlich ist keine Berufung zuläßig[7]).

Dritter Titel.

Rückblick und Schlußbemerkung.

1. Beim Eintritte in die Lehre von dem kirchlichen Strafprozesse sind die Accusation, die sich als eine feierliche und eine minder feierliche, die summarische oder die gerichtliche Denuntiation, ergab, ferner die Inquisition und das Notorium als die verschiedenen Weisen angegeben worden, in welchen schwere Delikte kirchlich durch gerichtliche Untersuchung bestraft werden können. Das tiefere Eingehen zeigte, daß sich diesen Weisen noch das Purgations-Verfahren als eine fünfte angeschlossen hat. Nun fragt sich, ob diese Prozeßarten auch jetzt noch kirchliche Geltung haben, und ob nicht die eine oder die andere aufgehoben oder durch eine, namentlich durch die Inquisition, verdrängt worden sei. Von dem Purgations-Verfahren ist bemerkt worden[1]), daß es nicht mehr im Gebrauche sei; von dem accusatorischen, dem summarischen sowohl, als dem feierlichen, wird nicht nur ein Gleiches behauptet, sondern der Eine oder der Andere geht noch weiter und betrachtet es als durch entgegengesetzten Usus aufgehoben und nicht mehr anwendbar. Dafür werden weder wissenschaftliche, noch auch kirchenrechtlich gültige Gründe angegeben. Die Behauptung wird einfach auf die behauptete Thatsache gestützt. Der wahre Grund der Meinung dürfte in die Verwechselung des gangbaren weltlichen Strafverfahrens mit dem kirchlichen zu setzen sein.

2. Das gemeinrechtliche Strafverfahren der weltlichen Gerichte ist kein anderes, als das röm.-summarische mit einiger Erweiterung. Und

[4]) C. In fidei. 5. de haeret. in 6.
[5]) C. Ut commissi. 12. eod. in 6.
[6]) Pii v. const. 22. Inter multiplices. 30. December. 1567. §. 1.
[7]) C. Ad abolendam. 9. X. de haeret. (5. 7.)
[1]) B. 5. T. 8. §. 5.

diese Erweiterung traf zunächst den Umfang der von Staats wegen zu verfolgenden Delikte, welcher Umfang sich von selbst ergab, je klarer der Grundsatz erkannt wurde, daß schwere Delikte um des allgemeinen Schutzes der Gesellschaft willen von der öffentlichen Gewalt zur Strafe gezogen werden müßten. Dieser Grundsatz aber war keine neue Lehre; er diente jenem römischen Verfahren schon zur Unterlage. Denn die Handhabung und der Schutz der öffentlichen Ruhe und Ordnung in Rom, ad tuendam popularium quietem, war der Zweck der Aufstellung der Stationarier durch den Stadtpräfekten[1]), und das war die Aufgabe der Präsides in den Provinzen, curare, ut pacata atque quieta provincia sit, durch Verfolgung der Verbrecher, ut malis hominibus provincia careat[2]), und diese Verfolgung war ausgesprochene Staatsobliegenheit, publicae solicitudinis cura[3]). Die Rücksicht auf die allgemeine Sicherheit war auch der Grund von der Maßregel, daß nach dem verdächtigen Tode eines Herrn eine peinliche Untersuchung gegen seine Sklaven von Staats wegen vorgenommen wurde[4]). Die gemachten Erfahrungen mußten auch die Gesetzgebung darauf führen, die Handlungen, welche von Amts wegen diesem Grundsatze gemäß zu bestrafen seien, ebenfalls genauer zu bestimmen, wovon denn die Folge war, daß Manches öffentlich bestraft wurde, das früher der Accusation des Gekränkten überlassen war. Diese Entwickelung blieb nicht auf die Länder unter dem römischen Rechte beschränkt; für sie war auch schon durch eine, jener des römischen Rechtes wenigstens sehr ähnliche, wenn nicht von ihr entnommene, Anordnung zur Verfolgung der Verbrecher von Karl dem Großen[5]) im fränkischen Reiche die Bahn gebrochen. Als ein neues Moment kann vielleicht in etwa angesehen werden, daß seit dem 13. Jahrhundert ein procurator fisci, ein promotor oder eine spezielle Gerichtsperson theils bei Anhebung und

---

[1]) B. 5. T. 1. §. 5. Not. 3.

[2]) A. a. O. Not. 7.

[3]) A. a. O. Not. 11.

[4]) Fr. Cum aliter. 1. pr. D. de SC. Silan. (29. 5.): »Cum aliter nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis, tam domesticis quam extraneis, praestere servi cogantur, ideo senatusconsulta introducta sunt de publica quaestione a familia necatorum habenda.«

[5]) Capitul. I. an. 802. cap. 25: »Ut Comites et Centenarii omnes ad justitiam faciendam compellant, et juniores tales in ministeriis suis habeant, in quibus securi confidant, quia legem atque justitiam fideliter observent, pauperes nequaquam opprimant, fures latronesque, et homicidas, adulteros, maleficos, atque incantatores, vel auguriatrices, omnesque sacrilegos nulla adula-

theils bei Fortführung der Untersuchung thätig erscheint [6]). Auch an der Form des Verfahrens wurde nichts Wesentliches geändert.

3. Am nächsten liegt uns zur Vergleichung die P. H. G. von Karl V. 1532, die im Ganzen nur Hergebrachtes enthält und die Grundlage des deutschen Strafprozesses ist. Darnach kann

1) eine gerichtliche Untersuchung durch Berüchtigung oder „glaubwürdige Anzeigung" [1]), durch eine Anklage [2]) und durch die Augenfälligkeit der That [3]) hervorgerufen werden. In den Fällen der ersten und dritten Klasse wird die Untersuchung von Amts wegen, durch die Obrigkeit oder durch den Richter, angehoben und durchgeführt, in den Fällen der zweiten Art hebt sie mit der Anklage an, und zwar in einer der solemnen Accusation analogen Weise, indem der Ankläger für die Fortsetzung seiner Anklage und für die Genugthuung an den Beschuldigten, wenn sich die Anklage als unbegründet ergäbe, Bürgschaft stellen muß [4]), und dem Kläger liegt die Beweisführung ob [5]). Auf die Bestrafung hat die Verschiedenheit der Verfolgung keinen Einfluß, wovon als natürliche Folge zu erwarten ist, daß eine Anklage nur als seltene Ausnahme vorkam, und daß mithin ein gerichtliches Verfahren von Amts wegen als die Regel anzunehmen ist.
2) Von den Fällen der dritten Klasse bildet das kanonische Notorium nur einen Bruchtheil. Dazu gehören die „öffentlichen und unzweifelhaften Uebelthaten," als: wenn Einer „ein öffentlicher Feind oder Friedbrecher wäre," oder „so man einen an wahrer Uebelthat betritt: auch so einer den gethanen Raub oder Diebstahl wissentlich bei ihm hat," ohne sich darüber ausweisen zu können. Mithin sind auch alle auf frischer That ergriffene Verbrecher [6]) mit eingeschlossen und werden von Amts wegen bestraft, ohne daß der Ueberlieferer den Beweis zu führen hat.

---

tione vel praemio nulloque sub tegmine celare audeant, sed magis prodere, ut emendentur et castigentur secundum legem, ut Deo largiente omnia haec mala a christiano populo auferantur.« Vgl. 5. B. 1. T. §. 5. Not. 7. 14.

[6]) Biener. S. 97. u. ff.

[1]) Art. VI.

[2]) Art. XI.

[3]) Art. XVI.

[4]) Art. XII—XV.

[5]) Art. XVII. LXII. LXX.

[6]) 5. B. 1. T. §. 5. Not. 14.

Das Verfahren dabei unterscheidet sich von dem andern durch dessen Kürze. Leugnet der Beschuldigte, so wird sofort zur peinlichen Frage durch Foltern geschritten.

3) Am umfassendsten ist die erste Klasse; sie schließt alle Fälle der Infamation und der Denuntiation ein.

Dem römischen Rechte gegenüber ist das Verfahren auf Infamation neu, doch nicht nach dem deutschen Rechte. Daher kann es nicht auffallen, daß nicht nur in Deutschland [7]), sondern auch in Frankreich [8]) vor Ablauf des 13. Jahrhunderts eine amtliche Untersuchung auf den Grund der Infamation stattfinden konnte. Mit Italien verhält es sich anders, da das Infamations- und Purgations-Verfahren sich nicht auf die Laien erstreckte, sondern auf die Geistlichen beschränkt war [9]). Die Glossatoren Accursius, † 1260, und Odofred, † 1265, erwähnen dasselbe nicht und sprechen nur von römischem Verfahren; doch war gegen Ende des Jahrhunderts bei dem weltlichen Gerichte die Untersuchung von Amts wegen schon im Gebrauche [10]).

Unter der glaubwürdigen „Anzeigung" sind Thatsachen zu verstehen, die hinreichen, einen Verdacht zu begründen [11]). Von der Art und Weise, in welcher die Obrigkeit zur Kenntniß dieser Indicien, so wie auch der Infamation gelangt, ist nichts angedeutet. Sie kann sie also durch eigene Wahrnehmung sowohl, als durch mündliche oder schriftliche Mittheilungen und Denuntiationen Dritter erwerben.

4) Von beiden aber, von der Infamation und der Denuntiation oder anderer Wahrnehmung, gilt das nämliche Verfahren, und zwar von Amts wegen, von Anfang an bis zum Schlusse. Und dadurch ist für das Beweis-Verfahren die wichtige Abweichung vom römischen Rechte bewirkt, daß der Denuntiant nicht mehr den Beweis zu führen hat.

5) Gegen den Infamirten oder den Verdächtigten beginnt indessen nicht sofort das Strafverfahren; sondern es muß zuvor unter-

---

[7]) Biener. S. 139.

[8]) Id. S. 195.

[9]) B. 5. Tit. 7. §. 6. T. 8. §. 6.

[10]) Albertus Galdini: »Sed hodie de jure civili judices potestatum de quolibet maleficio cognoscunt ex officio suo per inquisitionem.« Biener. S. 96.

[11]) Art. XVIII. XIX.

sucht sein, ob die Handlung wirklich begangen worden ist, und ob die gewonnenen Indicien hinreichen, den Beschuldigten als ihrer verdächtig zu behandeln. Das ist die so genannte General-Inquisition, die man gerne als etwas Neues ansieht und sie wohl gar von dem kanonischen Gerichtsverfahren ableiten will. Daß Cicero als Ankläger gegen Verres eine solche Inquisition vorgenommen hat, ist früher[12]) bereits erwähnt worden. Sehen wir auf den Catilinarischen Prozeß zurück, so finden wir ihn dabei eben so inquisitorisch thätig, als es auch jetzt der öffentliche Ankläger auf ihm zugegangene Anzeige ist. Sobald er durch die Fulvia von den verbrecherischen Planen der Verschwörer gegen sein Leben und gegen die Stadt vertraulich unterrichtet war, brachte er die Angelegenheit im Senate zum Vortrage und erwirkte die Beschlußfassung, daß den Consuln eine umfangreiche Gewalt übertragen wurde[13]). Als er ferner durch Q. Fabius Sanga von den mit den Allobrogern Seitens der Verschwörer gepflogenen Verhandlungen Kenntniß erhalten hatte, gab er ihnen Anleitung, wie sie dahin wirken möchten, daß die Strafbaren mit möglichster Gewißheit als schuldig erfaßt werden könnten[14]), und in Folge ihrer weiteren Mittheilungen[15]) traf er die Vorkehrungen zur Gefangennehmung auf der Mulvischen Brücke[16]). Hierbei zeigte sich also der Consul auf Privatanzeigen und andere Indicien nicht bloß zu gerichtlicher Verhandlung amtlich einleitend, sondern auch zur Gewinnung von Beweismitteln spionenartig thätig. Das Alles war in Nichts von der General-Inquisition, als durch die Eigenthümlichkeit der Umstände verschieden. Daß die gegen die Sklaven wegen des Todes ihres Herrn erforderliche Voruntersuchung nichts Anderes, als diese Inquisition war, ist früher[17]) erinnert worden.

6) Die berührte Beweisführung von Amts wegen endlich statt durch den Denuntianten war nur eine consequente Durchführung des Prinzips, daß der öffentliche Schutz durch Bestrafung der Ver-

[12]) B. 5. T. 3. §. 1. Not. 3.
[13]) Sall. c. 28. 29.
[14]) Id. c. 41.
[15]) Id. c. 45.
[16]) B. 5. T. 1. §. 2.
[17]) B. 5. T. 3. §. 1. Not. 1.

brecher vom Staate geleistet werden müßte. Sie bezweckt, wie jede Beweisführung, Gewinnung der Wahrheit, inquirere veritatem, und ist die so genannte Spezial-Inquisition, macht aber das Verfahren so wenig zu einem inquisitorischen, als es der catilinarische Prozeß gewesen ist.

4. Solche oder auch nur ähnliche Aenderungen erlitt das kanonische Strafverfahren nicht. Darüber gibt es keine Entscheidung eines allgemeinen Concils und keine Constitution des Apostolischen Stuhles, nicht einmal ein spezieller Erlaß. Dazu war Seitens der Kirche keinerlei Bedürfniß, wie Seitens des Staates eines bestand. Der Grund davon liegt in der Wesenheit von Beiden. Der Staat ist eine Rechtsgewalt, die das Unrecht durch äußern Zwang an dem Strafbaren der allgemeinen Rechtsordnung wegen vindikativ strafend sühnt; die Kirchengewalt ist eine sittliche und religiöse, welche die Sünde und das Unrecht an dem Strafbaren von Innen aus Erkenntniß und Religiösität mit freier Selbstbestimmung tilgt und sühnt. An sie kann sich daher die Aufforderung nicht, wie an den Staat, stellen, die Handlungen ihrer Mitglieder zu überwachen, um sie den gesetzlichen Strafen zu unterwerfen. Sie kennt zwar ebenfalls ein Ueberwachen und ein Einschreiten von Amts wegen; allein nicht in dem staatsrechtlichen Sinne um der gesetzlichen Bestrafung willen, sondern der religiösen Besserung wegen, und ihr Einwirken ist dann nie gerichtlich und strafend, sondern administrativ und sittlich anregend und erhebend. Dem kanonischen Rechte sind daher öffentliche Promotoren oder Prokuratoren fremd. Der Herrschsucht und Straflust eines Kirchenobern mag die Wirksamkeit von Fiskal-Promotoren eine erwünschliche sein, allein eine kirchliche ist sie nicht, und ihre Uebertragung vom staatlichen Gebiete auf das kirchliche ist ein arges Mißverständniß und ein Ueberschreiten und Verlassen des kirchlichen Bodens. Haben einige oder auch viele kirchliche Gerichte thatsächlich sich die weltliche Gerichtsordnung zum Muster genommen, so kann ein solcher Usus doch nicht als gerechtfertigt gelten und das kirchliche Gerichtsverfahren nicht aufheben oder ersetzen. Zu einer solchen Uebertragung steht keinem Gerichte und keinem einzelnen Kirchenobern die Gewalt zu. Daß das Purgations-Verfahren nicht mehr in Uebung ist, und daß die Accusation wenigstens selten oder auch gar nicht mehr in Anwendung kommt, kann die Annahme, sie seien durch jenes weltliche Verfahren ersetzt, weder begünstigen, noch auch begründen. Jene Erscheinung hat ihren nächsten Grund in den beiden Prozeßformen selbst und nicht in der kirchlichen Anerkennung der Aufnahme der weltlichen Form in der Kirche. Was gegen die regelmäßige Anwendung der ersten spricht, ist

das gewichtige Bedenken, die Straflosigkeit des Beschuldigten von seinem eigenen Eide abhängig zu machen. Das erklärt, daß der Richter, wo kein hinreichender Beweis erbracht ist, den Reinigungseid nicht immer auferlegen muß, doch nicht auch, daß er ihn in keinem concreten Falle mehr auferlegen darf, sei es auch zu seiner eigenen oder zu der Gläubigen Beruhigung. Das seltene Vorkommen einer feierlichen Accusation ist die einfache Folge einerseits von den Beschwernissen, womit sie gesetzlich verbunden ist, und andererseits von der Seltenheit der Veranlassung dazu; auch ist nicht zu übersehen, daß eben die schweren Delikte, die ihr Gegenstand sein können, nicht vor das kirchliche Forum gehören. Gegen Laien übte die Kirche wegen solcher Handlungen nie Strafgerichtsbarkeit aus; die gegen Geistliche wegen gemeiner Verbrechen haben die neueren Gesetzgebungen aufgehoben, oder doch sehr beschränkt. Macht sich nun auch jetzt ein Geistlicher einer Handlung schuldig, die ihm die strengste Kirchenstrafe zuziehen kann, so kann sie in der Regel durch Denuntiation oder durch Inquisition in Untersuchung kommen. Ist sie weder für die eine, noch auch für die andere geeignet; so bleibt nur der Accusationsweg übrig. Wollte der gekränkte Ehemann aus Schonung gegen beide Schuldige die Bestrafung des nicht öffentlich bekannten Deliktes durch das weltliche Gericht meiden und bloß eine kirchliche erwirken; so könnte er sie gegen den Geistlichen nicht durch Denuntiation und nicht durch Inquisition, sondern nur auf dem Accusationswege herbeiführen. Dann aber würde noch nicht immer ein Accusations-Verfahren statt finden, auch nicht gänzliche Straflosigkeit eintreten. Das kirchliche Interesse würde erheischen, vor Allem auf administrativem Wege dem Gekränkten Genugthuung zu verschaffen. Mithin kann die Seltenheit des Verfahrens nicht dessen Aufhebung beweisen. Wir haben endlich gesehen, welchen Kampf die Kirche dem weltlichen Prozesse gegenüber für die Aufrechthaltung des Accusations-Prozesses bestand, und welche Anstrengungen sich Innocenz III. gefallen ließ, um statt des Infamations-Verfahrens dem inquisitorischen Aufnahme und Verbreitung zu verschaffen, und ferner, wie bis auf das Concil von Trient allgemeine Concilien ihr Einschreiten auch in geringen Aenderungen am gemeinrechtlichen Prozesse für nothwendig erachteten; und das dürfte wohl hinreichend nachweisen, daß die Kirche so wichtige Aenderungen, wie die in Rede stehenden, nicht durch stillschweigende Zulassung einer weltlichen Gerichtsordnung wolle eintreten lassen.

ungesetzliche Art und Weise seiner Entstehung, mithin als unrechtlich in seiner Form. Bei Beiden handelt es sich also um ganz verschiedenartige Objekte, und ihre Prüfungen müssen auch von ganz andern Grundlagen ausgehen. Die eine Prüfung ferner untersucht das bereits gerichtlich Verhandelte wieder, ein Geschäft, das der Sicherung des Rechtes wegen sowohl, als auch um der richterlichen Auktorität willen, nicht durch den nämlichen Richter geschehen kann, sondern die Thätigkeit eines andern nothwendig macht [3]); für die andere dagegen, die eine ganz neue ist, muß nicht nothwendig ein neuer Richter wirksam werden. Der nämliche kann sie, weil sie eine noch nicht verhandelte Frage zum Gegenstande und einen neuen Zweck hat, vornehmen. Noch eine dritte Beschwerde kann dann zur Frage kommen, wenn der eine Theil der Streitenden eine gesetzliche Vorschrift zu beobachten versäumte und dadurch einen ihm nachtheiligen Spruch veranlaßte. In diese Lage kann eine Partei kommen, wenn sie in der gestellten Beweisfrist ihre Beweisstücke nicht erbrachte, oder sonst eine gesetzliche Frist für gerichtliche Handlungen nicht einhielt. In diesen Fällen könnte ihr mit Einhaltung der Grenzen des formellen Rechtes ein materielles Unrecht zugefügt werden, und würde sich dann fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise ihr wieder zu ihrem Rechte geholfen werden könnte. Da die Abhülfe nicht in einem Angriffe des Spruches seinem Inhalte und seiner Form nach gesucht werden kann; so muß dafür ein anderer und von den vorigen ganz verschiedener Weg verfolgt werden.

3. Gegen ein ungerechtes Urtheil ist das gesetzliche Mittel zur Abhülfe die Anrufung eines höheren Richters, die Berufung, appellatio provocatio [1]). Die gewöhnlichsten Beschwerden sind gegen ungerechte Urtheile gerichtet, und die Berufung wird das ordentliche Rechtsmittel, remedium ordinarium contra sententias, genannt. Die Abhülfe gegen ungültige Urtheile wird durch die Nichtigkeitsklage, querela

---

[3]) B. 1. T. 18. §. 12. Not. 2. u. 3. Fr. Acta apud se. 45. §. 1. D. de re jud. (42. 1.): »De amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam, siue Principis auctoritate nihil est statuendum.« Fr. Divi fratres. 27. pr. D. de poen. (48. 19.). C. Poenam. 15. C. de poen. (9. 47.). Gl. zu c. Loci. 2. C. 35. Q. 9. v. errorem: »... judex potest errorem suum corrigere in interlocutoria sententia ... sed diffinitivam sententiam nullus potest corrigere.«

[1]) Fr. un. pr. D. si pend. app. (49. 13.): »... data ... sententia proponitur, adversus quam non aliter is, qui emolumentum successionis habet, obtinere potest, quam si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit.«

nullitatis, vor dem nämlichen Richter, oder auch vor dem höheren gesucht. Die Beschwerden wegen Nichtigkeit, also Ungesetzlichkeit des Urtheils, müssen schon wegen der Vermuthung für die richterlichen Handlungen [1], als die ungewöhnlichen gelten, weßhalb die Nichtigkeitsklage ein außerordentliches Rechtsmittel, rem. extraordinarium, genannt zu werden pflegt.

In jenen beiden Fällen sind die Beschwerden durch richterliche Handlungen veranlaßt und mittelbar gegen diese gerichtet; in den Fällen der dritten Art aber nicht. Da der Richter nach dem Gesetze handelte und darnach handeln mußte, so ist das Gesetz die Ursache von den Rechtsnachtheilen. Daher ist die Beschwerde gegen eine gesetzliche Folge und mittelbar gegen das Gesetz gerichtet. Ihre Abhülfe kann also nicht von einer richterlichen, sondern nur von einer gesetzgeberischen Gewalt ausgehen. Der Richter kann nur über Handlungen nach dem Gesetze oder gegen dasselbe entscheiden. Die Entscheidung über das Gesetz und dessen Wirkungen liegt nicht in seiner Befugniß. Das Mittel der Abhülfe muß also in einer Handlung vermöge gesetzgeberischer Befugniß bewirkt werden. Das Nächste und Einfachste ist die Aufhebung der gesetzlichen Wirksamkeit des ergangenen Spruches, so, als wäre er nicht ergangen. Und diese Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in integrum restitutio, ist das gesetzlich angeordnete Mittel. Es ist ebenfalls ein außerordentliches, rem. extraordinarium.

Zweiter Titel.

Appellation *). Allgemeine Lehren.

1. In die Lehre über den Prozeß gehört nur die Berufung, die eine gerichtliche Prozeßhandlung betrifft. Es gibt indessen im kanonischen Rechte auch eine Berufung an einen höheren Obern wegen Beschwerden, die durch Handlungen von Verwaltungsorganen veranlaßt werden. Zur

[1]) C. Cum ad sedem. 15. in f. X. de rest. spol. (2. 13.)

*) D. De appellationibus et relationibus. (30. 1.). C. De appellationibus et consultationibus. (7. 62.). — X. De appellationibus, recusationibus et relationibus. (2. 28.) — De appellationibus in 6 (2. 15.) — Clement. De appellationibus. (2. 12.)

Unterscheidung wird jene die **gerichtliche**, app. judicialis, und diese die **außergerichtliche**, app. extrajudicialis, genannt. Letztere hat Vieles mit jener gemein, auch ist sie praktisch von Nutzen, weßhalb sie hier im Anhange besprochen werden kann.

2. Die Berufung, appellatio, provocatio, hat als Rechtsmittel ihren Namen von der Richtung der Beschwerden an den obern Richter, der zu ihrer Abhülfe angerufen wird [1]); doch ist dabei nicht die Anrufung selbst schon und unmittelbar die erste Handlung, sondern vielmehr die in gesetzlicher Frist vor dem beschwerenden Richter, judex a quo, abgegebene Erklärung des Beschwerten, daß er Berufung ergreife. Diese Erklärung heißt **Einlegung, Einwendung der Berufung**, appellationem, provocationem interponere [2]), die Anrufung des höheren Richters selbst aber heißt **Einführung, Einbringung** der Berufung, adire judicem [3]), app. inducere [4]), introducere [5]), und die weitere Verhandlung vor ihm die **Durchführung, Ausführung**, app. exsequi [6]), persequi [7]), prosequi [8]). Die Berufung wird von dem Beschwerten, als dem handelnden Subjekte, vor dem beschwerenden Richter eingelegt, sie hat die Beschwerde gegen ein ungerechtes Urtheil zum Objekt, wird vor dem höheren Richter eingebracht und durchgeführt, und das Alles geht in einer bestimmten Form, oder nach einem eigenen Gerichtsverfahren vor sich. Und das sind die Hauptpunkte der Lehre darüber.

3. Werden die Ausstellungen gegen ein ungerechtes oder ein ungültiges Urtheil gar nicht, oder nur außergerichtlich behauptet oder vorgebracht, so haben sie keinerlei Wirkung darauf. Denn es ist keine Pri-

---

1) Fr. Appellandi usus. 1. §. 3. 8. h. t.: ». . . cum alium appellare deberet, alium appellaverit . . . si vero majorem judicem provocavit.«

2) Fr. Si quidem. 1. §. 3. D. quand. appell. sit. (49. 4.): ». . . an appellatio sit interposita.« Fr. Cum ex causa. 11. D. eod.: ». . . appellatione interposita.« Fr. Post rem judicatum. 11. D. de transact. (2. 15.): ». . . etiam si provocatio non est interposita.«

3) Fr. Is cujus. 5. §. 1. 2. 5. D. de appell. recip. (49. 5.). C. Personas. 4. X. h. t.

4) C. Praecipimus. 32. §. 2. C. h. t.

5) C. In offerendis. 37. C. h. t. C. Nemo arbitretur. 3. C. de temp. et repar. app. (7. 63.). C. Cum interioribus. 5. §. 1. C. eod: ». . . sive . . . appellator venerit et litem instruendam curaverit, et eam in competens judicium deduxerit.« C. Ex insinuatione. 50. X. h. t.

6) Fr. Negotiorum gestor. 24. §. 1. D. h. t.

7) Fr. Scio quaesitum. 3. §. 3. D. eod.

8) C. Cum sit romana. 5. X. h. t.

vathandlung, die, wie etwa ein Privatgeschäft, einseitig abgeändert werden kann; sondern es ist ein im Namen der höchsten Rechtsauktorität gesprochenes, das, wie eine gesetzliche Norm, Ansehen und Geltung behalten muß, bis es sie durch die nämliche Auktorität wieder ganz oder theilweise verliert. Es schafft, so lange es nicht gerichtlich angefochten wird, für beide Parteien das Recht, jus facit [1]). Werden die Ausstellungen gerichtlich geltend gemacht, so sind die Wirkungen des Einspruches verschieden. Das ungerechte Urtheil bleibt ein Rechtsspruch auch in den angegriffenen Theilen, bis es durch einen höheren abgeändert ist, nur kann es, so weit es bekämpft wird, nicht ausgeführt werden; es wird in seiner äußern Wirksamkeit in der Schwebe gehalten, suspendirt [2]). Dem nichtigen Spruche dagegen geht wegen der Ungesetzlichkeit die Rechtskraft ab, er hat also keine rechtliche Wirkung, so, daß es nur der Nachweise der Ungesetzlichkeit bedarf, um ihn, so weit er unter deren Einfluß stand, in seinem Inhalte als nicht vorhanden zu behandeln, ohne daß eine wiederholte Untersuchung der gepflogenen Verhandlungen nothwendig ist. Die Prüfung dieser Nachweise kann aber, wie erwähnt, der nämliche Richter vornehmen. Und in diesem Sinne heißt es, die Frage der Richtigkeit eines Richterspruches bedürfe keiner Berufung [3]). Die Sache selbst kann wieder vor dem nämlichen Richter anhängig werden. Mit jenem Satze ist nicht erklärt, die Behauptung der Nichtigkeit von Seiten der einen oder andern Partei genüge. Gegen solche Urtheile kann indessen auch appellirt werden; und dann wird ihre Wirkung ebenfalls nur suspendirt.

---

[1]) Fr. Si perlusorio. 14. pr. D. h. t.: ». . . an jus faciat judex.« C. Si contra. 1. C. de his, qui per met. jud. non prov. (7. 67.). B. 2. T. 9. §. 11.

[2]) C. Praecipimus. 32. §. 3. C. h. t.: ». . . eorum enim sententiis appellatione suspensis.« §. 4: ». . . si . . . definitio . . . fuerit appellatione suspensa.« §. 5: ». . . quorum sententias licet appellatione suspendi.« — Folgen dieser Suspension sind angegeben in fr. Furti. 6. §. 1. D. de his, qui not. (3. 2.); fr. Qui latronibus. 13. §. 2. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.); fr. Si quis filio. 6. §§. 8. 9. D. de inj. rumpt. (28. 3.); fr. Qui cum major. 14. §. 8. D. de bon. libert. (38. 2.); fr. Accusatorum. 1. §. 14. D ad SC. Turpill. (48. 16.); fr. un. §. 3. D. nih. innov. (49. 7.)

[3]) Fr. Illud memineris. 1. §. 2. D. quae sent. sine app. (49. 8.): »Item cum contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur.« Fr. Si expressim. 19. pr. D. h. t.: ». . . sine appellatione causa denuo induci potest.« — C. Nominationes. 27. C. h. t.: ». . . de quibus nec appellare necesse est, si solemnitas deest.« C. Latam sententiam. 1. C. Cum non eo die. 6. C. Venales. 7. C. quando prov. non est necess. (7. 64.). C. Si ut proponis. 4. C. quom. et quando. (7. 43.). C. Si accusatoribus. 4. C. de accus. (9. 2.)

Vermöge der Suspension durch die eingelegte Berufung darf der Spruch nicht ausgeführt und an dem Rechtsverhältnisse selbst nichts geändert werden, innovari [4]), wenn sie auch nicht angenommen ist. Der Theil, der sich eine Innovation erlaubt, macht sich des Berufungsrechtes verlustig [5]). Auch der Richter darf, selbst wenn die Berufung an sich unzulässig ist, nichts ändern [6]). Was er in der Sache vornimmt, ist ungültig, und die Handlung ist ein Attentat [7]). In der Sache ist ferner die Jurisdiktion des Richters selbst überhaupt suspendirt [8]). Das ist Seitens des gravirenden Richters die suspensive Wirkung der Berufung.

Auf der andern Seite wird der durch die eingelegte Appellation angerufene höhere Richter der zuständige, competens, die Streitsache wird seiner Jurisdiktion unterworfen, geht an ihn über [9]). Das ist die Devolutivkraft der Berufung. Vermöge dieses Ueberganges hat der Appellrichter über die Zulässigkeit der Berufung zu erkennen und über die Streitsache selbst zu entscheiden.

4. Die nächste Frage nun ist, von wem und an wen eine Berufung mit diesen beiden Wirkungen geschehen kann. — Sie kann nur von dem durch das Urtheil Beschwerten, das heißt, von demjenigen ausgehen, der sein Recht durch dasselbe für gekränkt hält. Und das kann nicht bloß der Verurtheilte, sondern auch der Sieger sein. Vermöge der rechtlichen Verbindung mit dem Beschwerten können es denn auch dessen Vertreter,

[4]) Fr. un. pr. D. nihil innovari app. interp. (49. 7.) in c. Post appellationem. 31. §. 1. C. 2. Q. 6: »Appellatione interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil innovari oportet.« Fr. Si quis filio. 6. §. 9. D. de injust. (28. 3.). C. Dilectis filiis. 55. X. h. t.: »... cum interim ... procedere non debuerit ad sententiam exsequendam ... cum ... nihil debuerit innovari.«

[5]) C. An sit deferendum. 42. X. eod.

[6]) Fr. Sciendum est. 6. D. de app. recip. (49. 5.): »... cum appellatio non recipitur, ... omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiam si contra fiscum appellatum sit.«

[7]) C. Significantibus. 49. in f. X. h. t.: »... revocato in statum debitum, si quis post appellationem noveritis attentatum.« C. Sollicitudinem. 54. X. eod.

[8]) C. Si a judice. 10. h. t. in 6: »... cum per appellationem sit suspensa ipsius jurisdictio.« C. Directae. 39. X. h. t.: »... se a jurisdictione tua fecit exemptum.«

[9]) C. Romana. 3. §. 3. h. t. in 6: »... esse per appellationem ad eundem ... devolutum negotium.«

procurator, und Andere, die vertragsmäßig oder gesetzlich zur Vertretung berechtigt sind. Die allgemeine Regel ist, daß Alle, die ein Interesse dabei haben, appelliren können [1]). Ein rechtliches Interesse können auch Dritte entweder unmittelbar durch den Prozeß oder mittelbar durch den Gegenstand dabei haben. So ist, wenn der Ankäufer einer Sache besiegt wird, sein Auktor an dem Spruche betheiligt, der Gläubiger nach dem Schuldner wegen des von diesem gestellten Pfandes, der Bürge nach dem Gläubiger, ein Miterbe nach Verurtheilung eines andern Miterben [2]). Appellirt von mehrern Streitgenossen nur Einer, so kommt einerseits dessen Sieg zwar auch den Andern zu Statten, wenn für sie die nämlichen Rechtsgründe streiten [3]), andererseits aber schadet ihnen nicht umgekehrt dessen Verurtheilung [4]).

Gegen Todesurtheile kann Jeder, der die Unschuld des Verurtheilten glaubt nachweisen zu können, Berufung einlegen [5]).

5. Von einem Richter kann man nicht an einen ihm gleichstehenden, oder an einen niederen, sondern immer nur an einen höheren appelliren [1]). Eine andere Berufung ist wirkungslos und kann durch Fristversäumniß nachtheilig werden [2]). Bei der Berufung an den höheren Richter muß ferner die nach der Gerichtsverfassung bestehende Stufenfolge [3]) eingehalten werden [4]). Geschieht sie zwar an einen höheren, jedoch durch Verwechselung mit einem andern; so ist sie gültig, und die Sache kann ohne Nachtheil für den Appellanten an den zuständigen Ober-

[1]) Fr. Non solent. 1. pr. D. de appell. recip. (49. 5.), in c. Non solent. 30. pr. C 2. Q. 6: »Non solent audiri appellantes, nisi hi, quorum interest, vel quibus mandatum est, vel qui negotium alienum gerunt.« Fr. Ab executore. 4. §. 2. D. h. t.: ». . . is, . . . qui per procuratorem expertus, victus est, nec procurator suo nomine appellat.«

[2]) Fr. Ab executore. 4. §§. 3. 4. Fr. Absentia. 5. pr. D. h. t.

[3]) Fr. Si quis separatim. 10. §. 4. D. h. t. C. Si in una. 2. C. si unus ex plur. app. (7. 68.). C. Una sententia. 72. X. h. t.

[4]) Gl. zu c. Interrogatum est. 24. C. 2. Q. 5. v. profiteatur: »Notandum, quod victoria unius prodest alteri, sed condemnatio non nocet.«

[5]) Fr. Non tantum ei. 6. D. h. t.

[1]) Nov. 23. c. 4: ». . . cum non oporteat ad compares judices appellationes referri, sed a minore judicio in majus tribunal ascendere.«

[2]) Fr. Appellandi. 1. §. 3. D. h. t.: ». . . et si quidem, cum ad majorem judicem appellare deberet, ita erravit, ut minorem appellet, error ei nocebit.«

[3]) B. 1. T. 3. §. 6.

[4]) C. Dilecti filii. 66. X. h. t.: ». . . cum, omisso dioecesano episcopo, fuisset ad archiepiscopum appellatum, ad quem gradatim fuerat appellandum.«

richter gelangen[5]). Eine Berufung an einen höheren Richter mit Uebergehung des zunächst anzurufenden, appellatio per saltum, war in so fern nicht nachtheilig, als sie an sich für gültig behandelt wurde[6]), der angerufene Richter aber konnte nicht rechtsgültig entscheiden, wenn Einspruch dagegen erhoben wurde[7]). Das allgemeine Lyoner Concil von 1245 unter Innocenz IV. stellte in der Verordnung über die Appellationen das unbedingte Verbot solcher Berufungen an die Spitze und erkannte nur diejenigen an, die ein Oberrichter nach einem bestehenden Gewohnheitsrechte annehmen konnte[8]). Auch diese Ausnahme hob das Concil von Trient, selbst für päpstliche Legaten und Nuntien, ungeachtet undenklicher Gewohnheit, einer Gerichtspraxis oder eines Privilegiums, auf und erklärte die in Folge sprungweiser Berufungen geführten Prozesse und was sich daraus ergeben würde, doch nicht die Berufungen selbst, für ungültig[9]). Hierdurch ist indessen die durch Verwechselung eines höheren Richters mit dem competenten ohne Uebersprung irrthümlich eingelegte in ihrer Gültigkeit nicht berührt. Eben so wenig ist dadurch die Freiheit der Berufung an den apostolischen Stuhl beschränkt[10]).

6. So sind die von Unberechtigten und die sprungweise eingelegten Berufungen unzuläßig; sie können es auch sowohl wegen des Ursprunges, als wegen der Gattung und des Gegenstandes und der Beschaffenheit des angefochtenen Urtheiles sein. Gegen einen von der höchsten Auktorität ausgegangenen Spruch kann keine Berufung Wirksamkeit haben, weil es keinen höheren Richter gibt, sie daher an sich unmöglich ist. Wie hiernach Berufungen vom Staatsoberhaupte[1]), so sind sie vom Papste[2])

[5]) Fr. Appellandi. 1. §. 3. D. h. t.: »... si vero majorem judicem provocavit, error ei nihil oberit ... Si quis ergo parem, vel majorem appellaverit, alium tamen pro alio, in ea causa est, ut error ei non noceat.« Ulpian besprach an dieser Stelle die Berufung an den Präfektus Urbi, statt an die Consuln. — Fr. Imperatores. 21. pr. §§. 1. 2. D. eod. Fr. Ei, cujus. 5. §. 3. D. de app. recip. (49. 5.)

[6]) Not. 5. C. Dilecti filii. 66. X. h. t.

[7]) Gl. zu c. Dilecti filii. 66. cit. X. h. t. v. post hujusmodi appellationem: »... secundum canones tamen, si omittatur medius, et non opponatur exceptio coram isto superiore, bene valet, quod per ipsum fit.«

[8]) C. Romana. 3. §. 1. h. t. in 6.

[9]) Conc. Trid. sess. 22. c. 7. de ref.

[10]) C. Si quis vestrum. 4. C. Quoties. 16. C. 2. Q. 6. C. Si duobus. 7. pr. C. Ad audientiam. 34. C. Sollicitudinem. 54. X. h. t.

[1]) Fr. Tractandum. 1. §. 1. a quib. app. n. lic. (49. 2.)

[2]) C. Cuncta. 17. C. 9. Q. 3.

und von allgemeinen Concilien unzuläſſig, und die vom Papſte an ein künftiges allgemeines Concil zieht die ſofort eintretende Exkommunikation nach ſich [3]). Auch vom Senate [4]) und vom Präfektus Prätorio [5]) konnten keine Berufungen Statt finden. Dieſes Privilegium wurde durch Interpretation auch auf das Collegium der Cardinäle [6]) und auf die römiſche Rota [7]) übertragen. Andere Rechtsmittel ſind jedoch gegen ſolche Urtheile nicht ausgeſchloſſen.

7. Was die andern Rückſichten angeht, ſo kann es gegen rechtskräftig gewordene Urtheile keine Berufung geben. Denn eben darin beſteht ihre Rechtskraft, daß ſie auf dem ordentlichen gerichtlichen Wege nicht mehr abgeändert werden können [1]).

Die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils hat auch die Ableiſtung eines deferirten, doch nicht die des vom Richter auferlegten Eides [2]).

An Gewißheit ſteht das Notorium der richterlichen Endurtheile geſetzlich gleich [3]). Aus dieſem Grunde wird bei einer Unterſuchung im Falle der Notorietät keine Berufung berückſichtigt [4]). Ueber die Berufung gegen Endurtheile gibt das allgemeine Lyoner Concil [5]) den Appellrichtern die Weiſung: »Si autem post sententiam, in casibus a jure prohibitis, (ut puta a sententia super manifesto et notorio crimine,

[3]) Bull. Coen. Dom. §. 2.

[4]) Fr. Tractandum. 1. §. 2. D. a quib. app. n. 1.

[5]) Fr. un. §. 1. D. de off. Praef. praet. (1. 11.). Fr. Praefecti. 17. D. de minor. (4. 4.). C. un. C. ne lic. in una. (7. 70.), bei Grat. zu c. Si autem. 39. C. 2. Q. 6.

[6]) Pirrh. h. t. n. 71.

[7]) Bouix. Par. II. sect. 4. c. 3. §. 4. n. 4.

[1]) B. 1. T. 18. §. 11.

[2]) B. 1. T. 4. §§. 8. 11. — Von einem Vergleiche, durch welchen ein Rechtsſtreit geſchlichtet wird, heißt es zwar in c. Non minorem. 20. C. de transact (2. 4.): »Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit,« und in c. Sicut grave. 1. X. eod. (1. 36.): ». . . post salubrem decisionem de controversia vestra factam,« damit aber gehört ein ſolcher Vergleich nicht hierhin. Denn da kein Urtheil ergangen iſt, ſo kann von einer Berufung nicht die Rede ſein. Sollte es wieder zu einem Prozeſſe kommen, ſo könnte dieſer nur mit einer Klage gegen den Vergleich beginnen; der frühere aber könnte nicht einmal fortgeſetzt, viel weniger eine Berufung dagegen eingebracht werden. B. 2. T. 7. §. 1.

[3]) B. 1. T. 8. §. 2. Not. 6.

[4]) C. Pervenit. 23. C. Consuluit. 14. C. Cum speciali. 61. in f. X. h. t.

[5]) C. Romana. 3. §. 5. h. t. in 6.

vel de quo quis in jure confessus exstitit, promulgata), vel consimilibus appellatum fuisse dicatur, possunt, ne sententia executioni mandetur, (postquam cognoscere coeperint, utrum sit recipienda, vel non appellatio, ab eo interposita) inhibere.« Die Weisung bezieht sich nur auf Berufungen in Strafsachen, und darauf allein lauten auch die älteren angeführten Stellen. Für solche Fälle ist aber die Berufung weder verboten, noch auch für wirkungslos erklärt. Der Oberrichter kann untersuchen, cognoscere, und, bevor er die Untersuchung geschlossen, vielmehr schon sobald er sie begonnen hat, die Vollstreckung des Urtheils untersagen, inhibere. Auf ihn ging also schon eine Jurisdiktion über, so, daß er dem Unterrichter untersagen kann. Mithin ist dessen Jurisdiktion von der des Oberrichters abhängig geworden und in so fern suspendirt. Aus Unwissenheit oder Leidenschaftlichkeit wird leicht für Notorium ausgegeben, was es nicht ist. Auf die Wahrheit dieser Voraussetzung kommt es aber hier an. Alexander III. warnt den Richter[6]: »Sed cum multa dicantur notoria, quae non sunt, providere debes, ne, quod dubium est, pro notorio videaris habere.« Aus diesem Grunde allein schon muß es eine wirksame Berufung geben. Dieses Bedürfniß besteht aber nicht bloß in Straffällen, sondern auch in Civilstreitigkeiten. Die Berufungen gegen Urtheile auf Notorietät können mithin jenen gegen rechtskräftige Urtheile nicht gleich gestellt werden.

Hinsichtlich der Gewißheit wird auch das gerichtliche Geständniß, confessio in jure, mit dem richterlichen Spruche gleich gestellt[7], in dessen Folge bei gerichtlichen Untersuchungen im Falle eines Geständnisses ebenfalls keine Berufungen zugelassen wurden[8]. Damit war indessen auch hier, wie wegen Notorietät, nicht behauptet, daß auch gegen Endurtheile, namentlich in Strafsachen, Berufungen nicht zulässig waren. Gegen Urtheile wegen schwerer Delikte wurden sie vielmehr immer zugelassen, wenn außer dem Geständnisse nicht auch der Beweis geführt war[9]), victus et confessus. Nach der Verfügung des Lyoner Concils gilt davon das Nämliche, wie von der Notorietät. In Civilsachen kann eine

---

[6]) C. Consuluit. 14. X. h. t.

[7]) B. 1. T. 8. §. 2. Not. 6. T. 9. §. 7. Not. 2.

[8]) C. Cum speciali. 61. in f. X. h. t.

[9]) Fr. In criminibus. 1. §. 27. D. de quaest. (48. 18.). C. Observare. 2. C. quor. app. n. rec. (7. 65.), bei Grat. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. par. 8. §. 12. Die Glosse bemerkt zu c. Cum speciali. 61. X. h. t. v. confessione: ». . . Consuevit tamen dici, quod sola confessio non impedit in criminali, quin possit appellari.«

Berufung in allen Fällen eingelegt werden, in denen das Geständniß als ein nicht zu Recht bestehendes[10]) angefochten werden kann.

Wer sich des gerichtlichen Ungehorsams, contumacia, schuldig machte, kann sich über das gegen ihn gefällte Urtheil nicht beschweren, mithin dagegen keine Berufung einlegen, weil er es selbst verschuldete, da er es abwehren konnte[11]). Die Glosse zählt[12]) die Fälle der Contumacia zu den ähnlichen, consimilibus, der Lyoner Verordnung.

8. Nach dem römischen Rechte waren Berufungen bloß von Endurtheilen[1]), sent. definitiva, und von Zwischenurtheilen, interlocutiones, nur dann zulässig, wenn sie die Kraft definitiver Urtheile hatten, wie die Präjudicial-Fragen[2]) und wenn die Beschwerde nicht später gehoben werden konnte[3]). Der nächste Grund dieser Beschränkung war die Absicht, Verschleppungen der Prozesse zu vermeiden, zumal alle Nachtheile durch die spätere Untersuchung wieder gehoben werden könnten. Das ältere kanonische Recht ließ die Berufungen schon vor dem Beginne des Prozesses und wegen jeder Beschwerde zu[4]). Das Concil von Trient be-

---

[10]) B. 1. T. 9. §. 4.

[11]) B. 2. T. 6. §. 7. Fr. Ex consensu. 23. §. 3. D. h. t. C. Ejus, qui. 1. C. quor. app. non recip. (7. 65.), in Grat. 8. prs. §. 11. C. Ei, qui. C. 2. Q. 6. Hier sei nur noch bemerkt, daß gegen Urtheile über offenbare und erwiesene Fiskalschulden, an die öffentliche Schatzkammer und an die Verwaltung des Kronvermögens Berufungen nicht angenommen wurden. Fr. Sciendum est. 6. D. de app. recip. (49. 5.). §. 3. Not. 5. — C. Ex publicorum. 8. C. quor. app. n. rec. (7. 65.)

[12]) Zu c. Romana. 3. §. 5. h. t. in 6. v. consimilibus: »puta, si appelletur, ne testamentum aperiatur, vel ne scriptus haeres in possessionem mittatur ... vel per contumaciam in non veniendo.« Die zwei ersten Fälle gehören zur außergerichtlichen Berufung.

[1]) C. Oportet. 36. C. h. t.: »Oportet post omnem litem finitam tunc appellationem reddi: neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi deneget jus competens, id est, vel testium productionem aut relectionem instrumenti.« — Die Stelle hat nur historischen Werth. — C. Apertissimi. 14. C. de jud. (3. 1.). C. Quoniam. 21. C. Ci quis provocatione. 30. h. t. C. Si clericus. 2. C. de episc. aud. (1. 4.). C. Ab executione. 5. C. Ante sententiam. 7. C. quor. app. n. rec. (7. 65.)

[2]) Fr. Intra utile tempus. 39. pr. D. de minor. (4. 4.)

[3]) Fr. Ante sententiam. 2. D. de app. recip. (49. 5.) in c. Non solent. 30. §. 1. C. 2. Q. 6.

[4]) C. Super eo. 12. X. h. t.: » . . . sacri canones ante et post litis contestationem, et in prolatione sententiae, et post singulis facultatem tribuunt appellandi; leges autem saeculares appellationem nisi in casibus ante sententiam admittunt.«

schränkte diese Freiheit[5]) und verordnete: »neque appellationes ab eisdem interpositae per superiores quoscunque recipiantur, eorumve commissio aut inhibitio fiat, nisi a definitiva, vel a definitivae vim habente, et cujus gravamen per appellationem a definitiva reparari nequeat.« Hierdurch ist denn die Berufung in die Grenzen des römischen Rechtes zurückgewiesen; sie kann gegen Interlokutionen nur Statt finden, wenn sie die Kraft eines Endurtheils haben, oder durch ein solches nicht wieder gut gemacht werden können. Zu der ersten Art gehören die Entscheidungen über Präjudicial-Fragen, das heißt, über Fragen nach Thatsachen, die sich zu dem beanspruchten Rechte wie der Grund zu dem Begründeten verhalten[6]). Eine solche Vorfrage ist die nach dem Alter bei der Entscheidung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf den Grund der Minderjährigkeit[7]). Zu den Entscheidungen der zweiten Art gehören die in einem Civil-Prozesse oder in Strafverfahren gesetzwidrig angeordnete Folter[8]), körperliche Züchtigungen oder Strafen, Einkerkerung[9]). Das dadurch zugefügte Uebel kann durch einen spätern Spruch nicht ungeschehen gemacht werden. — Die Berufung wegen anderer Interlokute ist untersagt. In Beziehung auf Zulässigkeit sind also diese Fälle von den vorigen sehr verschieden.

9. Jede Berufung setzt eine wirkliche Beschwerde durch ein im Urtheile verletztes Recht, als ihr Objekt, voraus. Ohne eine reale Beschwerde kann es daher keine Berufung geben[1]). Die Geringfügigkeit des Streitobjektes aber kommt dabei nicht in Betracht. Auch eine geringe Verletzung begründet eine Beschwerde[2]).

10. Die Verletzung muß aber durch das Urtheil selbst, das heißt, durch den richterlichen Ausspruch, mithin in so fern dieser eine Thätigkeit des Richters ist, bewirkt worden sein, und nicht, in so fern sie eine Folge und Anwendung des Gesetzes ist. Hiergegen wäre die Beru-

---

[5]) Conc. Trid. sess. 24. c. 20. de ref.

[6]) B. 1. T. 2. §. 26.

[7]) Rot. 2.

[8]) Rot. 3.

[9]) Fagnan. c. Super eo. 12. X. h. t. n. 40.

[1]) Gl. zu c. Pastoralis. 28. §. 4. X. de off. jud. del. (1. 29.) v. appellatione: ». . . nullus potest appellare ab aliquo judice, nisi gravetur.«

[2]) C. Et in majoribus. 20. C. h. t.: »Et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est.« C. De appellationibus. 11. X. h. t.: ». . . pro causis minimis interpositis . . . non minus est, quam si pro majoribus fuerint, deferendum.«

fung eine gegen das Gesetz gerichtete. Die im Urtheile ausgesprochene gesetzliche Strafe ist nicht Folge des richterlichen Urtheilens, sondern des Gesetzes. Gegen sie kann daher keine Berufung Statt haben[1]; doch ist sie gegen die Anwendung des Gesetzes, oder gegen das angewandte Strafmaß statthaft.

11. Die Vollstreckbarkeit und die Vollstreckung selbst sind ebenfalls nur die gesetzliche Folge eines rechtskräftig gewordenen Richterspruches, daher kann auch gegen die Vollstreckung selbst nicht[1]), doch gegen die Ueberschreitung des Urtheils appellirt werden.

Eine gesetzliche Folge einer gerichtlich verhängten Censur ist auch ihre öffentliche Bekanntmachung, denuntiatio, damit Andere sich pflichtmäßig darnach verhalten können; eine natürliche Folge der Strafe selbst aber ist, daß sie keiner Exekution bedarf, sondern sofort wirksam wird und verstrickt. Daher ist gegen Beide keine Berufung möglich[2]). Hiermit ist indessen die Berufung gegen das Strafurtheil selbst nicht unmöglich geworden, sondern nur die Hemmung der Strafe durch sie; sie kann also keine suspensive, sondern nur eine devolutive Wirkung haben[3]). Das gilt indessen nur von den eigentlichen, nicht von den uneigentlichen Cen-

---

[1]) Fr. Si qua poena. 244. D. de V. S. (50. 16.): ». . . de poena provocatio non est; simul atque enim victus quis est maleficii, cujus poena est statuta, statim ea debetur.« C. Ci pecuniam. 3. C. de re jud. (7. 52.). Gl. zu c. Cupientes. 16. de elect. in 6. (1. 6.) v. exspectati: ». . . a sententia legis vel canonis non appellatur.«

[1]) Fr. Ab executore. 4. pr. D. h. t.: »Ab executore sententiae appellare non licet.« C. Ab executione. 5. C. quor. app. n. rec. (7. 65.), bei Grat S. prs. §. 16. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6: ». . . nisi forte executor sententiae modum judicationis excedat.« C. Quod ad consultationem. 15. in f. X. de sent. (2. 27.): ». . . Unde talis non audietur appellans, nisi forte adversum eum modus exsequutionis canonicus excedatur.« C. Novit ille. 43. X. h. t. Fr. Ab executore. 4. §. 1. D. h. t. C. Si, ut proponis. 6. C. de exec. rei jud. (7. 35.)

[2]) C. Pastoralis. 53. in f. X. h. t.: ». . . quum exsequutionem excommunicatio secum trahat, et excommunicatus per denuntiationem amplius non ligetur, ipsum excommunicatum denuntiare potes, ut ab aliis evitetur.« C. id §. 1. C. Ad haec quoniam. 37. X. eod.

[3]) C. Per tuas litteras. 40. X. de sent. excom. (5. 39.): ». . . metropolitanus ante litis ingressum . . . debet ipsum absolvere.« Gl. v. appellandi: »ut per hoc ab excommunicationis sententia relevetur . . . ut causam transferat ad superiorem, bene tenet appellatio.« C. Is, cui. 20. de sent. excom. in 6. (5. 11.)

suren, wie die Suspension vom Amtseinkommen. Solche werden, wie andere Strafen, die der Exekution bedürfen, suspendirt [4]).

12. Die Berufung ist ihrer Bestimmung nach ein gesetzliches Vertheidigungsmittel, mithin eine Jedem gesetzlich zugesicherte Hülfe [1]) und Wohlthat [2]). Die einzige gesetzliche Beschränkung besteht darin, daß Jeder in dem nämlichen Rechtsstreite über dieselben streitigen Punkte, capitula, nur zu einer zweimaligen Berufung zugelassen wird [3]).

13. Diese gesetzliche Wohlthat der zweimaligen Berufung kann kein Richter, sondern nur die höchste Auktorität entziehen oder beschränken. Daher kann, wie im Staate nur der Fürst [1]), so in der Kirche nur der Papst in Streitsachen durch Delegation einen Richter mit der Beschränkung bestellen, daß gegen die ergangene Entscheidung keine Berufung zugelassen werde [2]). Welche Folgen nun eine solche Beschränkung hat, ist hier näher zu erwägen.

14. Da durch diese Beschränkung die Streitsache eine inappellabele geworden ist, wie wenn sie es gesetzlich wäre, so kann gegen die erfolgte Entscheidung eine etwa eingelegte Berufung die rechtlichen Wirkungen der Suspension und Devolution nicht haben, sondern ist und bleibt wie nicht vorhanden. Das ergangene Urtheil ist mithin sofort rechtskräftig, die Sache eine unabänderlich entschiedene, res judicata, und vollstreckbar. Auch dem Deleganten gegenüber würde eine faktische Berufung eben so wirkungslos bleiben. Dieser würde zwar noch immer eine Jurisdiktion über die nämliche Sache behalten; allein nicht nach dem gesetzlichen Pro=

[4]) Fr. Si quis. 6. §. 9. D. de injust. rupt. (28. 3.). Gl. zu c. Is, cui. 20. de sent. excom. in 6. v. sequentem.

[1]) Fr. Servi. 15. D. h. t.: ». . . domini . . . ad opem servo ferendam possunt uti auxilio appellationis.« Fr. Creditor. 28. §. 1. in f. D. eod. C. Hi, qui. 7. C. h. t.

[2]) C. Et publicarum. 8. C quor. app. n. rec. (7. 65.)

[3]) C. un. C. ne liceat in una. (7. 70.), bei Grat. zu c. Si autem. 39. C. 2. Q. 6. Nov. 82. c. 5. in f. C. Sua nobis. 65. X. h. t. Clem. Ut calumniis. 1. de sent. et re jud. (2. 11.)

[1]) Daß solche beschränkende Bestellungen durch den Kaiser öfter vorkamen und nur vom Fürsten ausgehen können, bezeugt Ulpian in fr. Tractandum est. 1. §. 4. D. a. quib. app. n. lic. (49. 2.): »Interdum imperator ita solet judicem dare, ne liceat ab eo provocare, ut scio saepissime a divo Marco judices datos. An et alius possit ita judicem dare, videbimus. Et puto, non posse.«

[2]) Solche Bestellungen kommen im älteren kanonischen Rechte und in dem neueren vor. So weiset das Concil von Trient allgemein Rangstreitigkeiten vor die Bischöfe als apostolische Delegate in sess. 25. c. 13. de reg. mit der Beschränkung: »amota omni appellatione.«

zeßgange und vermöge der Devolution, sondern als Gesetzgeber. Unterzöge er sie daher noch einer neuen Untersuchung, so wäre diese nicht eine gerichtliche, sondern eine gesetzgeberische Handlung [3]).

Die Beschränkung bezieht sich indessen bloß auf die Anwendung dieses fernern Vertheidigungsmittels, nicht auf den gesetzlich vorgeschriebenen Gang der Prozeßführung. Was hierbei zum Rechtsschutze der Parteien ausdrücklich eingeräumt ist, darf nicht verwehrt werden oder unbeachtet bleiben. Zur Erläuterung bespricht die Glosse fünf Fälle [4]). Im ersten hatten die delegirten Richter die Spolieneinrede und die Forderung des Verklagten, daß vor Allem der Besitz wieder hergestellt werden sollte, unberücksichtigt gelassen, mithin dessen Recht eben in Beziehung auf das Prozeß-Verfahren verletzt [5]), wozu sie der erhaltene Auftrag nicht berechtigte [6]). Im zweiten berechtigte die ohne Erfolg aus gesetzlichen Gründen geltend gemachte Rekusation [7]) des delegirten Richters zur Berufung [8]). Diesem ist der fünfte Fall gleich zu stellen, wenn der Delegirte die Sache einem Andern, den Parteien Verdächtigen, übertrüge und ihre Rekusation abwiese [9]). Es hatten ferner die delegirten Richter in einem Streite über Grundstücke das Urtheil, ohne daß zuvor das streitige Stück, wie die Verklagten mit Recht gefordert hatten, bezeichnet worden war, gesprochen [10]). Hier war das Versehen in Betreff des Streitobjektes begangen [11]). Es würde auch eine Berufung rechtfertigen, wenn ein solches die Parteien beträfe [12]). Endlich auch dann, wenn die Parteien, wie im vierten Falle, wegen Unsicherheit gegen den Ort der Untersuchung vergeblich Einspruch erhoben hätten [13]). In allen diesen und ähnlichen Fällen wird nicht unmittelbar das eben streitige Recht, oder das Objekt des Prozesses, sondern

---

[3]) C. Pastoralis. 53. pr. D. h. t.: »... si appellans fuerit gravatus injuste, gravamen hujusmodi per superiorem poterit emendari.« Dieses steht im Gegensatze zu der voraufgeschickten Regel: »quaelibet provocatio intelligitur submoveri, quae a jure non indulgetur expresse.«

[4]) Gl. zu c. Pastoralis. 53. cit. X. h. t. v. expresse.

[5]) B. 3. T. 3. §. 10.

[6]) C. Ea conquestione. 15. X. de rest. spol. (2. 13.)

[7]) B. 1. T. 4. §§. 6. 7.

[8]) C. Postremo. 36. X. h. t.

[9]) C. Super quaestionem. 27. §. 5. in f. X. de off. jud. deleg. (1. 29.)

[10]) C. Significantibus. 49. X. h. t.

[11]) B. 2. T. 2. §. 3.

[12]) C. Significante. 34. C. Rodolphus. 35. C. Significavit. 36. X. de rescr. (1. 3.)

[13]) C. Ex parte tua. 47. X. h. t.

es wird das außer ihm liegende gesetzliche Recht, jus constitutionis, durch Uebertretung des Prozeßganges und damit mittelbar ein Recht der Streitenden verletzt. Würde in anderer Weise das streitige Recht und zwar mit augenfälliger Ungerechtigkeit, iniquitas, verletzt; so würde der Spruch Abhülfe finden müssen und nicht zur Ausführung kommen dürfen[14]). Diese Abhülfe aber könnte nicht durch eine neue Berufung, sondern nur durch eine gesetzgeberische Handlung gesucht werden. Das folgt aus der Sachlage selbst, und das Gesetz sagt von einem solchen Spruche: »evacuari oportet,« das heißt, er muß ungültig erklärt werden, cassari[15]). Und davon ist denn eine neue Untersuchung, retractatio, die Folge[16]).

Auf die Rechte Dritter, die nicht in den Streit mit verflochten sind, kann die Beschränkung keinen Einfluß haben. Denn diesen ist der delegirte Prozeß eine fremde Sache, res aliena. Würde deren Recht durch das Urtheil gekränkt, so wäre ihnen die Wohlthat der Berufung nicht entzogen[17]).

15. Davon, daß die Berufung ein Vertheidigungsrecht und eine gesetzliche Wohlthat ist, ist es eine weitere Folge, daß eine Verweigerung, auch wo sie gesetzlich zuläßig ist, nicht ohne vorgängige Prüfung verfügt werden darf, und daß in der Regel mehr die Neigung für die Gewährung, als dagegen, vorwalten soll.

16. Aus der Eigenschaft der Berufung als gesetzliche Wohlthat ergibt sich ferner Seitens des Rechtsuchenden auch, daß sie in rechtlicher Absicht, nicht zur Beeinträchtigung des andern Theiles oder zur Verschleppung des Prozesses mißbraucht werden darf. Das vierte Lateranensische Concil[1]), 1216, stellt die Regel auf: »cum appellationis remedium non sit ad defensionem iniquitatis, sed ad praesidium innocentiae institutum, non est provocationi hujusmodi deferendum«, und

---

[14]) C. Inter ceteras. 9. X. de sent. et re jud. (2. 27.): ». . . cum aliqua causa appellatione remota committitur, et sententia fertur iniqua, eam evacuari oportet, nec ei debet stari, si iniquitatem contineat manifestam.«

[15]) Wie in c. Properandum. 13. §. 2. C. de jud. (3. 1.) von einer im Prozesse gestellten Caution, cautela, gesagt ist: »quae . . . viribus evacuabitur.«

[16]) Die Ueberschrift des c. Inter ceteras. 9. cit. lautet: »Sententia iniqua retractatur per superiorem, licet causa fuerit appellatione remota commissa.« Die Glosse zieht v. Inter ceteras. die Ansicht: »nulla est sententia continens manifestam iniquitatem,« mit Unrecht vor.

[17]) C. Super eo. 15. in f. X. de jud. deleg. (1. 29.): ». . . tenebit eorum appellatio, . . . quia non illis, sed partibus, inter quos causa commissa est, appellationis remedium est sublatum.«

[1]) C. Cum speciali. 61. in f. X. h. t.

fährt so fort: »Excessu quoque dubio existente, ne frivolae appellationis diffugio appellans judicis processum impediat, coram eodem probabilem causam appellationis exponat, talem videlicet, quae si foret probata, deberet legitima reputari; et tunc . . . appellationis causam prosequatur.« Als Mißbrauch der Wohlthat sind also frivole Berufungen bezeichnet. Zunächst nun heißt frivolus, was sich leicht zerbröckeln und zerbrechen läßt, mithin keinen festen Zusammenhalt hat, wie Töpfergeschirr [2]). Solche Dinge haben an sich keine Festigkeit, daher auch keine Beständigkeit und Zuverlässigkeit und in der Beurtheilung keinen Werth. Dadurch ist frivolus mit levis, inanis und futilis sinnverwandt [3]). Unser Concil nennt so die Berufungen ohne annehmbaren Grund, causa probabilis, und denkt unter einem annehmbaren Grunde einen solchen, der, wenn er bewiesen wäre, für einen rechtmäßigen, legitima, gelten müßte. An einer andern Stelle [4]) verbietet es Berufungen ohne vernünftigen Grund, causa rationabilis, und erklärt den vernünftigen Grund, wie es den annehmbaren erklärt hat. Frivol sind mithin diejenigen Berufungen, die ohne gesetzlich hinreichenden Grund eingelegt werden, daher bei Interlokuten insbesondere diejenigen, die nicht auf den angegebenen gemeinrechtlichen Gründen beruhen. Von solchen Berufungen sagt Macer [5]), sie würden auch vorgegeben, um die gerichtliche Untersuchung aufzuhalten und zu vereiteln, frustrari, woher sie frustratoriae genannt werden. Paulus nennt sie [6]) moratoriae und lehrt, wie Macer, daß sie nicht beachtet werden sollen.

---

[2]) Festus h. v.: »Frivola sunt proprie vasa fictilia quassa. Unde dicta verba frivola, quae minus sunt fide subnixa.«

[3]) Quintil. sagt lib. VII. c. 2. §. 34: »Eoque satius est, omni se anteactae vitae abstinere convicio, quam levibus aut frivolis aut manifeste falsis reum incessere.« Gell. nennt lib. II. c. 7. einen Satz: »frivola et inanis,« und lib. XVI. c. 12. einige Wortableitungen des Cloatius Verus: »futilia et frivola.«

[4]) C. Ut debitus. 59. X. h. t.: ». . . ante sententiam . . . absque rationabili causa non provocet, sed coram illo suam justitiam prosequatur, non obstante, si dicat, quod ad superiorem judicem nuntium destinaverit . . . Cum autem ex rationabili causa putaverit appellandum, coram eodem judice causa probabili appellationis exposita, tali videlicet, quae, si foret probata, deberet legitima reputari.«

[5]) Fr. Ejus qui. 4. D. de app. recip. (49. 5.) in c. Non solent. 30. §. 2. C. 2. Q. 6: »Ejus, qui ideo causam agere frustratur, quod dicit, se libellum Principi dedisse, et sacrum rescriptum expectare, audiri desiderium prohibetur.«

[6]) Paul. V. 35. §. 2: »Moratorias appellationes . . . recipi non placuit.« Fr. Tutor. 41. pr. D. de usur. (22. 1.): »Tutor condemnatus, per appellationem

17. Auf die Wohlthat der Berufung kann man, wie auf die Rechte, zu deren Schutz sie dient, nicht blos so Verzicht leisten, daß man davon keinen Gebrauch macht [1]), sondern auch so, daß man sich gegen den andern Theil zum Nichtgebrauche verpflichtet. Die Folge dieser Verpflichtung ist denn natürlich die, daß die Berufung nicht mit Erfolg eingelegt werden kann [2]). Das Versprechen hat indessen diese Wirkung erst, wenn darüber eine schriftliche Urkunde verfaßt worden ist, scriptura interveniente [3]). Diese Folge hat auch der, zwar nicht schriftlich erklärte, doch durch einen Eid erhärtete Verzicht [4]).

18. Die angegebenen Wirkungen hat die Berufung nur, wenn sie mit Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen und Zeitfristen geschehen ist [1]). Worin diese bestehen, hat die Lehre über das Verfahren nachzuweisen.

Dritter Titel.

Appellations-Verfahren.

1. Die Berufung wird vor dem untern Richter nach der Verkündigung des Spruches, und zwar sofort und an dem nämlichen Tage oder später eingelegt. In den Gesetzesstellen wird die Anwesenheit der Par-

traxerat executionem sententiae: Herennius Modestinus respondit, eum, qui de appellatione cognovit, potuisse, si frustratoriam, morandi causa appellationem interpositam animadverteret, etiam de usuris medii temporis eum condemnare.«

[1]) C. Ad solutionem. 5. C. de re jud. (7. 52.)

[2]) Fr. Tractandum est. 1. §. 3. D. a quib. app. n. lic. (49. 2.): »Si quis ante sententiam professus fuerit, se a judice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit.«

[3]) C. Cum anterioribus. 5. §. 6. C. de temp. et repar. app. (7. 63.): ». . . pactionem firmam esse censemus.«

[4]) Gl. zu c. Ad haec. 20. X. h. t. in cas.: »Nota, quod praetextu appellationis non potest quis venire contra juramentum«; zu c. Quaestioni. 21. X. eod. in cas.: »Nota, quod contra juramentum non admittitur appellatio.« Im Texte heißt es: »Respondemus, quod appellatione, quae juramento ejus debeat derogare, non est in aliquo deferendum.«

[1]) Fr. Qui suspectum. 20. §. 2. D. h. t. C. Ex illo. 18. C. Quoniam. 18. C. h. t.

teien bei der Verkündigung, oder doch im Gerichtslokal vorausgesetzt und angeordnet, daß, wenn es sich um Endurtheile handelt, die Erklärung, es werde Berufung ergriffen, an demselben Tage vor dem Richter persönlich zu Protokoll, ad acta, abgegeben werden kann [1]). Für diese Handlung besteht keine weitere Förmlichkeit; es genügt eine einfache Aeußerung, wie beispielsweise: „ich ergreife Berufung", oder: ich „appellire", appello [2]), oder auch: ich unterwerfe meine Sache dem Schutze des höheren Richters" [3]). Auf die Ausdrucksweise kommt es nicht an. Die protokollarische Aufnahme der Berufung ist zur Nachweise der Einlegung nicht als Förmlichkeit der Handlung nothwendig. Denn sie kann auch außergerichtlich vor dem Richter [4]), oder, wenn deren mehre waren, vor der Mehrzahl [5]), oder einzeln [6]) gültig eingelegt werden. Kann die persönliche Erklärung wegen der Unzugänglichkeit des Richters nicht vor diesem abgegeben werden, so wird ihm eine Kundgebung der Berufung vor glaubwürdigen Zeugen gleich gestellt [7]). Am ersten Tage kann die Berufung mündlich oder auch schriftlich, später kann sie nur schriftlich, durch eine Appellationsschrift, libellus appellatorius, eingewendet werden [8]). Die Appellationsschrift braucht bloß die Erklärung, daß

---

[1]) Fr. A sententia. 5. §. 5. D. h. t.: »Si quis ipso die, inter acta, viva voce appellavit, hoc ei sufficit.« C. Litigatoribus. 14. C. h. t.: »Litigatoribus copia est etiam non scriptis libellis illico appellare voce.«

[2]) Fr. Sed si. 2. D. h. t.: »Sed si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat: »appello.«

[3]) C. Ad audientiam. 34. X. h. t.: ». . . se et ecclesiam suam nostrae protectioni subjecit . . . Licet autem praedictus presbyter ex simplicitate forte verbum appellationis non expresserit, quia tamen, postquam se et sua nostrae protectioni subjecerat, non debuit . . . condemnari.«

[4]) Fr. Si quidem. 1. §§. 7. 9. D. quand. appell. (49 4.) in c. Biduum. 29. §§. 3. 5. C. 2. Q. 6.

[5]) Clem. Si a judicibus. 1. h. t.: ». . . liceat coram ipsis vel majori parte ipsorum appellare . . . separatim.«

[6]) Gl. ibid. v. appellare: »separatim, ut sequitur; est enim mens literae, quod quilibet istorum actuum, appellatio et apostolorum petitio, separatim fieri possit.«

[7]) C. His, qui. 2. C. de his, qui per met. (7. 67.). C. Si justus metus. 73. X. h. t.: ». . . in praesentia bonorum virorum protestatione super hoc proposita.« Gl. ibid. v. coram judice: »Nota, quod si potest habere copiam judicis, a quo debet provocare, non debet coram alio protestari.«

[8]) Fr. A sententia. 5. §. 5. D. h. t. Not. 1: ». . . hoc ei sufficit: si autem non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum . . . computum est.« — Gewöhnlich steht »libelli,« doch auch »libellus.«

Berufung ergriffen wird, mit Angabe des Namens des Appellanten und des Appellaten, so wie des Spruches, wogegen appellirt wird, zu enthalten [9]). Verletzende Aeußerungen gehören selbstredend nicht hinein; sie würden den Appellanten strafbar machen [10]). Ist der untere Richter unzugänglich, oder schreckt Furcht vor ihm ab, so kann die Appellationsschrift auch sofort an den höheren Richter abgegeben werden [11]). Im kanonischen Rechte gilt auch der Antritt der Reise zu dem Oberrichter als faktische Einlegung der Berufung [12]).

Ist die Berufung nicht in Gegenwart des Appellaten eingelegt worden, so muß er davon durch den Appellanten in Kenntniß gesetzt werden [13]). Soll diese Mittheilung durch den Richter geschehen, so kann die Bitte darum mit in die Appellationsschrift aufgenommen werden.

Da der Richter seine Zwischenurtheile immer abändern kann; so liegt es näher, ihm die Beschwerde und ihre Begründung vorzutragen [14]), als den höheren Richter anzugehen. Daher muß die Berufung gegen ein solches Urtheil immer schriftlich und unter Angabe der Gründe eingelegt werden [15]), und wenn der Richter die Beschwerde gehoben hat, so kann er, der ergriffenen Berufung ungeachtet, in der Sache weiter vorgehen [16]).

---

9) Fr. Appellandi usus. 1. §. 4. D. h. t. — Eine Formel gibt Gratian zu c. Post appellationem. 31. C. 2. Q. 6. pr. an.

10) Fr. Illud sciendum est. 8. D. h. t.: ». . . oportebit eum plecti.«

11) Fr. Cum quidam. 7. D. h. t. Fr. Si quidem. 1. §. 10. D. quan. appell. sit. (49. 4.)

12) C. Dilecti filii. 52. X. h. t.: ». . . Cum autem plus sit ad sedem apostolicam facto provocare, quam verbo.« Gl. v. facto provocare: ». . . Et credo, idem esse, si capitulum habeat causam cum episcopo, ut, si capitulum mittat ad archiepiscopum pro causa illa.«

13) Clem. Si a judicibus. 1. h. t.: ». . . est tamen appellato ignoranti appellationis . . . intimatio legitime facienda.« Gl. v. ignoranti: »sciens enim certificari non debet.« Daher in Clem. Causam. 3. de elect. (1. 3.) die nähere Bestimmung: ». . . tunc demum ad sedem eandem devolvi censemus, cum in appellati aut procuratoris ejusdem in ipsa causa specialiter constituti praesentia interposita fuerit, aut . . . legitime intimati.« Das beschränkt sich, was die Devolution angeht, auf Amtsbesetzungen.

14) C. Ut debitus honor. 59. X. h. t.: ». . . ille ante sententiam ad superiorem judicem absque rationabili causa non provocet, sed coram illo suam justitiam prosequatur.« C. Si a judice. 10. h. t. in 6.

15) C. Cordi nobis est. 1. h. t. in 6: ». . . causam appellationis in scriptis adsignare deproperet.« Gl. in cas. u. v. in scriptis.

16) C. Cum cessante causa. 60. X. h. t. et gl. in cas.: »Nota, quod ju-

2. Zur Einlegung der Berufung ist die Frist von zehn Tagen[1] gesetzlich anberaumt. Sie wird von dem Zeitpunkte der Seitens des Betheiligten von dem beschwerenden Spruche erlangten Kenntniß ab[2], und zwar von Stunde zu Stunde[3], gerechnet. Sie ist eine Nothfrist, fatale, daher unabänderlich[4] und mit ihrer Versäumniß ist das Berufungsrecht erloschen[5]. Die Befugnisse des Unterrichters bleiben ungeschmälert und ungeschwächt, so, daß er auf kein etwa versuchtes Einmischen des höheren Richters, wofern er nicht der Träger der höchsten Autorität wäre, zu achten brauchte, oder auch nur dürfte. Denn für diesen kann aus einer gesetzlich wirkungslosen Berufung keine Gerichtsbarkeit entspringen. — Den Parteien bleibt es indessen unbenommen, auch über dieses Fatale ein Uebereinkommen zu treffen[6].

3. Für das Verhalten und die Thätigkeit des unteren Richters ist »appellationem recipere« die oft wiederkehrende und technische Bezeichnung, und darüber enthalten die Pandekten sowohl[1], als der Codex[2] einen eigenen Titel. Dieses Verhalten ist ihm insbesondere auch zur Pflicht gemacht[3]; doch ist nicht direkt angegeben, worin es besteht. Es kann nicht schlechthin eine Annahme in dem faktischen Aufnehmen der Erklärung durch Anhören oder in Empfangnehmen der Appellationsschrift sein, sondern es muß eine juristische Bedeutung haben, wie schon die tech-

---

dex potest mutare interlocutoriam sententiam, quo facta appellatio propter hoc interposita locum non habet.«

[1]) Früher war die Frist kürzer. Fr. Si quidem. 1. §§. 5. 6. D. quando appell. (49. 4.). Justinian verlängerte sie durch Nov. 23. c. 1. in c. Anteriorum. 28. pr. C. 2. Q. 6.

[2]) Fr. Si quidem. 1. §. 15. D. quando appell. (49. 4.): ». . . biduum vel triduum, ex quo quis scit, computandum est, non ex quo pronuntiatum est.«

[3]) B. 1. T. 5. §. 8.

[4]) Ibid. §. 7. Fr. Qui suspectum. 20. §. 2. D. h. t.

[5]) Fr. Qui suspectum. 20. §. 2. cit. h. t.: ». . . postea non audiuntur.« C. Quod ad consultationem. 15. X. de sent. et re jud. (2. 27.): ». . . appellandi sibi aditum denegavit.« C. Romana. 3. §. 3. h. t. in 1: ». . . sicque non esse per appellationem ad eundem . . . devolutum negotium proponatur . . . iidem . . . prohibere . . . non praesumunt.«

[6]) B. 1. T. 5. §. 8. Not. 6.

[1]) D. De appellationibus recipiendis vel non. (49. 5.)

[2]) C. Quorum appellationes non recipientur. (7. 65.)

[3]) C. Quoniam. 21. C. h. t.: »Quoniam judices ordinarii provocationes existimant respuendas, placet, ut si quis appellationem suscipere recusaverit, quae non contra executionem, sed adversus sententiam intentionem jurgiumque terminantem fuerit interposita, triginta auri pondo cogatur . . . inferre.«

nische Bezeichnung ergibt. Der Ausdruck wird auch in Beziehung auf höhere Richter gebraucht, wo ihnen untersagt wird, unzuläßige Berufungen anzunehmen [4]). Hier bezeichnet er eine Nichtannahme durch jurisdiktionäre Erklärung der Abweisung der Berufung und ihrer Ausschließung von der ferneren gerichtlichen Untersuchung. Diese Bedeutung kann das Wort in unserm Falle nicht haben, da dem Unterrichter eine Beurtheilung über die Berufung selbst nicht zusteht, und ist die Berufung gesetzlich zuläßig, so bedarf sie zu ihrer Wirksamkeit nicht noch seiner Thätigkeit. Die synonimen Ausdrücke: accipere [5]), suscipere [6]), admittere [7]), geben keinen näheren Aufschluß; wohl aber die conträren Gegensätze: recusare [8]), repudiare [9]), respuere [10]). Sie bezeichnen eine bestimmte Erklärung der Nichtannahme und sind nur in der Form ihrer Aeußerung verschieden. Das recusare ist unser Ablehnen aus Gründen, wie man eine Klage [11]) oder einen Richter [12]) ablehnt; die beiden andern besagen ein Nichtannehmen, ein Zurückweisen, das nur durch die Empfindung oder Lebhaftigkeit des Handels verschieden ist [13]). So bestünde die Handlung in der Erklärung über die Annahme oder die Nichtannahme der Berufung. Im kanonischen Rechte ist dafür deferre appellationi die übliche technische Bezeichnung. Sie wird aber nicht allein von dem Verhalten des Richters, sondern auch des Appellaten gebraucht, und zwar von dem des Letzteren, indem er die gesetzliche Wirksamkeit der Berufung anerkennt und sich keiner Innovation schuldig macht [14]). Diese Bedeutung der Kundgebung der Anerkennung der Berufung und der Unterlassung der Innovation des Richters muß das deferre oder recipere auch Seitens des Richters haben. Die Reception in diesem Sinne bezieht

---

4) Conc. Trid. sess. 24. c. 20. de ref. T. 2. §. 8. Not. 5.

5) C. Officii. 4. C. Th. de appell. (11. 30.)

6) C. Quoniam. 21. C. h. t. Not. 3.

7) C. Cum appellationibus. 5. h. in 6.

8) C. Nullum. 59. C. Th. h. t. (11. 30.): »Nullum ita credimus contumacem, ut appellationem . . . audeat recusare.«

9) C. Appellatione. 3. C. h. t.: »Appellatione . . . a judice repudiata.«

10) C. Quoniam. 21. C. h. t. Not. 3.

11) Fr. Si se non. 4. pr. D. de re jud. (42. 1.)

12) C. Apertissimi. 16. C. de jud. (3. 1.)

13) Daher heißt es von einer Erbschaft in fr. Servus. 58. D. soluto matr. (24. 3.): ». . . vel adire vel repudiare haereditatem,« und in c. Suus haeres. 3. C. de repud. vel abstin. haered. (6. 31.): ». . . respuere . . . haereditatem.«

14) T. 2. §. 3. Not. 4.

sich aber nur auf noch nicht rechtskräftig gewordene definitive oder interlocutorische Urtheile, deren Berufung zuläßig ist, nicht auf andere. Denn in den angeführten Titeln wird das non recipere nur in Beziehung auf die Urtheile besprochen, deren Berufung als unzuläßig gelten. Von beiden Arten der Berufungen sagt Ulpian [15]): »Appellatione interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil innovari oportet.« Das Nicht-Innoviren ist also Folge der Berufung, nicht der Reception. Ulpian fügt nun bei: »si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est; si vero non est recepta, ne praejudicium fiat, quoad deliberationem, utrum recipienda sit appellatio, an non sit.« Diese Deliberation ist aber nicht das Geschäft des unteren, sondern des höheren Richters. Eben so lautet eine Constitution Gordians [16]), nämlich: »Appellatione interposita, licet a judice repudiata sit, in praejudicium deliberationis nihil fieri debere, et in eo statu omnia esse, quo tempore pronuntiationis fuerint, saepissime constitutum est.« Das Nichtdeferiren hat also dem Oberrichter gegenüber bei nicht zuläßiger Berufung keine Wirkung, wie es sie denn noch weniger bei zuläßigen haben würde. Clemens IV. gab [17]) über die Zulassung einer »appellatio minus legitima« diese Entscheidung: »Si vero judex admittat eandem, licet tam appellatio, quam ipsius judicis delatio a superiore videatur refutari, quia tamen judex ipse, quantum in se fuit, a se jurisdictionem abdicavit eandem, appellationi deferens minus juste, totius causae decisio in superioris est potestate transfusa, nec est illi causa de necessitate ulterius remittenda, salvis iis, quae super appellationibus post sententiam interpositis sunt statuta.« Die Reception oder Delation schließt also außer der Kundgebung der Anerkennung der Berufung zugleich auch noch die des Verzichtes auf die über die Sache noch zuständige Jurisdiktion ein. Diese Kundgebung steht mit der zweiten gerichtlichen Handlung bei Berufungen, mit der Erwirkung der Apostel vom Unterrichter, in Verbindung.

4. Die zweite bei Berufungen unerläßliche Handlung ist die Erwirkung der Apostel, ἀπόστολοι, apostoli, auch literae dimis-

[15]) Fr. Appellatione. 1. pr. D. Nih. innov. (49. 7). L. 2. §. 3. Not. 3. Fr. Sciendum est. 6. D. de app. recip. (49. 5.). Ibid §. 3. Not. 5.

[16]) C. Appellatione interposita. 3. C. h. t.

[17]) C. Cum appellationibus. 5. h. t. in 6.

soriae[1]), und libelli dimissorii[2]) genannt. Sie sind ein von dem Unterrichter über die eingelegte Berufung für den Oberrichter amtlich ausgefertigtes Schreiben. Zur klaren Ermittelung ihres Inhaltes und ihrer Bedeutung müssen die gewöhnlichen Fälle der gesetzlich zulässigen Berufungen von den ungewöhnlichen der unzulässigen getrennt werden.

Als ein Schreiben, das über die eingelegte Berufung an den Oberrichter bestimmt ist, müssen die Apostel selbstredend vor Allem die Mittheilung der Thatsache der Appellation und aller dabei processualistisch in Betracht kommenden Umstände enthalten. Marcian sagt darüber[3]): »Sensus autem literarum talis est: appellasse, puta, Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est.« Werden alle Theile dieses Satzes nach der concreten Lage der Sache so ausgeführt, daß der Leser eine klare Vorstellung davon gewinnen kann; so ist der Hauptinhalt der Apostel geliefert. Außerdem aber pflegt eine Aeußerung über das Verhältniß der Sache zum Untergerichte, ob sie nämlich von demselben noch abhängig sei, oder nicht, beigefügt zu werden, oder muß unter Umständen bemerkt werden. Bei Berufungen gegen definitive Urtheile kann diese Angabe ganz einfach sein. Gratian gibt dafür[4]) diese Formel an: »Ego ille, sanctae Bononiensis ecclesiae episcopus, te presbyterum Rolandum cappellanum sancti Appollinaris, ad apostolicam sedem, quam appellasti, ab observatione mei judicii his apostolis dimitto.« Dieses Schreiben gibt dem Obergerichte Gewißheit darüber, daß und was

---

[1]) Paul. V. 34. §. 1. in c. Ab eo. 24. pr. C. 2. Q. 6: »Ab eo, a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est, dimissoriae literae dirigantur, quae vulgo apostoli appellantur, quorum postulatio et acceptio intra quinque dies ex officio facienda est.«

[2]) D. De libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur. (49. 6.)

[3]) Fr. un. §. 1. D. de lib. dimiss. (49. 6.)

[4]) C. Post appellationem. 31. C. 2. Q. 6. Diese Formel lautet auf den Appellanten, die bei Durantis nicht. Er gibt lib. 4. par. 2. de appell. §. 3. n. 2. eine allgemeine so an: »Noverint universi etc. quod talis in nostra praesentia constitutus, in hunc modum appellavit: Ego . . . (posito toto appellationis tenore de verbo ad verbum), et in fine junge: Ego vero attendens, quod in dubio sit via tutior et aequior eligenda, dictum talem, quo ad hanc quaestionem pertinet, ab observatione mei judicii his apostolis dimitto, et ad tale examen his litteris dirigo.« Er bemerkt sodann: »Vel brevius potest se expedire, dicens: quia a me appellasti, te ab observatione mei judicii his apostolis dimitto,« und fügt bei: »Multi tamen scribunt ei, ad quem appellatur.« Eine solche Formel gibt er so an: »Sanctissimo in Christo Patri . . . Noverit Sanctitas Vestra, quod P. . . . a mea sententia ad sedem apostolicam appellavit: idcirco dictum P. a meo judicio dimitto et ad Vestrum examen his literis dirigo.«

für ein Urtheil in der Sache ergangen, und zugleich, daß dagegen rechtzeitig Berufung ergriffen ist; der Schlußsatz läßt erkennen, daß Seitens des Untergerichtes nach der gesetzlichen Ordnung dem Uebergange der Sache zur neuen Untersuchung nichts im Wege steht. Bei zulässigen Berufungen gegen Interlokute kann die Fassung eben so einfach sein, da die Bezeichnung des Urtheils schon ergibt, von welcher Art es sei, und höchstens könnte die Erklärung im Schlußsatze ausdrücklich auf die Entlassung bezüglich des Interlokutes beschränkt werden. Die so abgefaßten Apostel sind auch ihrer ganzen Form nach Entlassungsschreiben, literae dimissoriae, und auf sie paßt die Erklärung Marcian's [5]): »Dimissoriae literae dicuntur, quae vulgo apostoli dicuntur; dimissoriae autem dictae, quod causa ad eum, qui appellatus est, dimittitur.« Zudem enthalten sie zugleich die oben erwähnte Erklärung über die Reception oder Delation der Berufung, wie sich Innocenz III. [6]) in den Worten äußert: »per appellationem ad nos interpositam ex parte decani, cui etiam officialis duxerat deferendum, apostolos concedendo, non solum principale negotium ... ad nostrum referebatur examen.«

Wäre das Verhältniß nicht das regelmäßige, sondern die Berufung eine gesetzlich unzuläßige, so dürfte das nicht unberührt bleiben; es müßte vielmehr, ohne sich jedoch auf die Prüfung der Sache selbst einzulassen, die Ablehnung der Delation mit Beifügung des Grundes hervorgehoben werden [7]), theils aus Achtung gegen das Gesetz und theils um den Oberrichter auf diesen im Appellations-Verfahren wichtigen Umstand sofort aufmerksam zu machen. Das kann nach der angeführten Stelle Marcian's durch einen besondern Bericht, relatio, geschehen, welche denn in diesen Fällen die Apostel vertritt [8]), auch Apostel genannt wird [9]). Wird die

---

[5]) Fr. Dimissoriae. 106. D. de V. S. (50. 16.)

[6]) C. Dilectus filius. 55. X. h. t.

[7]) Macer. Fr. Sciendum est. 6. D. de app. recip. (49. 5.): »Sciendum est ... eumque, qui appellationem non recepit, opinionem suam confestim per relationem manifestare ... debere.«

[8]) C. Judicibus. 24. C. h. t. in §. 25. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. Nov. 126. c. 3.

[9]) Gl. zu §. 21. C. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. v. Judicibus: »... Et dicitur relatio ipsi apostoli.« C. Cordi nobis. 1. h. t. in 6: »... petat apostolos, quos ei praecipimus exhiberi, in quibus appellationis causam exprimat, et cur appellatio non sit admissa, vel si appellationi forsan ex superioris reverentia sit delatum.«

Ablehnung direkt ausgesprochen [10]), so heißen die Apostel refutatorii, da jene dimissorii genannt werden; wird die Delation als aus Ehrerbietigkeit, reverentia, gegen den höheren Richter bewilligt erklärt, so nennt man die Apostel reverentiales [11]).

Die Apostel sind demnach die schriftliche Erklärung des Richters a quo über die eingelegte Berufung und deren prozessualistisches Verhältniß zur Vermittlung ihres Ueberganges an den Richter ad quem und zur Sicherung einer richtigen Grundlage der höheren Prüfung [12]). Ihre Auffassung als Entlassungsschreiben ist ungenau und keine sachliche.

5. Die Apostel müssen in der Frist von dreißig Tagen nach der Publikation des Spruches erbeten werden. Die frühere Frist von fünf Tagen ist [1]) schon lange vor Justinian so erweitert worden [2]). Diese Zeit beginnt mit der Berufungsfrist zu laufen [3]), wird mithin auch, wie

---

[10]) Durant. gibt dafür a. a. O. n. 6. diese Formel an: »Noverint . . . quod T. . . . appellavit . . . ego vero attendens, quod ipse hoc malitiose et frustratorie proponit ad correctionem ecclesiasticam evitandam, cum excessus ejus per confessionem in judicio sponte factam, (vel evidentiam rei, quae nulla potest tergiversatione celari), supradictam appellationem, tanquam frustratoriam, refuto, nec ei defero.«

[11]) Durant. ibid. n. 8: »Noverint . . . quod P. . . . appellavit . . . ego vero licet de jure meo certus sim et verisimiliter praesumam, quod ad differendum jus meum hanc appellationem emiserit . . . tamen ob reverentiam talis superioris, ad quem noscitur appellasse, praedictum P. quo ad hanc quaestionem pertinet, ab observatione mei judicii his apostolis dimitto.«

[12]) C. Ut super. 4. h. t. in 6: »Ut super appellatione ac ejus caussa instructio facilior valeat in processu haberi, districte praecipimus, quod apostolos appellanti . . . tribuat requisitus.« Die Glosse bemerkt zu Clem. Quamvis. 2. h. t. v. nec petat: ». . . apostoli enim dantur, ut instruatur judex ad quem.«

[1]) §. 4. Not. 1.

[2]) Die c. Judicibus. 24. C. h. t. von 364. in §. 21. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. setzt die Erweiterung in den Worten: »Judicibus . . . triginta dierum spatia ex die sententiae definita sunt, intra quae gesta una cum relatione litigatoribus convenit praestari« voraus. Das ist in der Nov. 126. c. 3. so wiederholt: ». . . Intra triginta vero dies, quam oblata fuit appellatio, actitata in causa cum propria subscriptione praebeant litigatoribus, ut illi pro suo haec auxilio competenti possint insinuare magistratui.« Die relatio dort ist hier die subscriptio und gleichbedeutend mit den apostoli. §. 4. Not. 9. Geändert ist in der Novelle nur die Berechnung der dem Richter bestimmten Frist vom Tage der Appellation an, statt vom Tage des Spruches.

[3]) C. Ab eo. 6. h. t. in 6: »Ab eo, qui appellat, intra triginta dies instanter apostoli peti debent.« Gl. v. XXX. dies: ». . . Et currunt isti dies a die sententiae.« Gl. zu Clem. Quamvis. 2. h. t. v. tempore: »scilicet XXX.

diese, von der Zeit der erlangten Kenntniß berechnet. Sie ist ebenfalls eine unabänderliche und entscheidende, temp. fatale, und ihre Einhaltung ist eine unerläßliche gesetzliche Förmlichkeit, solemnitas, wegen deren Nichtbeachtung die eingelegte Berufung als aufgegeben, deserta [4]), und als wäre darauf Verzicht geleistet, renuntiare [5]), angesehen wird.

Das Bitten um die Apostel ist Bedingung ihrer Ausstellung und damit der Zulässigkeit des Appell-Verfahrens, und an ihm selbst ist das Angelegentliche, instantia, erforderlich. Nach dem älteren Rechte mußte „dringend und öfter" instanter et saepius [6]), darum gebeten werden. Das »instanter« könnte wie unser „inständig", mithin als die Beharrlichkeit des Bittens verstanden werden, die sich durch keinen Widerstand abhalten läßt, wenn diese nicht schon in dem saepius angegeben wäre. Es ist also die Lebhaftigkeit des Wunsches, das Angelegentliche bei dem Vortrage der Bitte, oder das Dringende der Bitte in dem Bewußtsein von der Wichtigkeit des Gegenstandes darunter zu denken. So machte das Gesetz die Inständigkeit in der Stärke der Bitte und ihres wiederholten Vortrages zur Bedingung des rechtmäßigen Appellations-Prozesses. Für die Einlegung der Berufung bewilligte es eine kurze Frist, weil sich das Mißvergnügen über das gekränkte Recht sofort lebhafter regt, wenn ein wirkliches Rechtsinteresse obwaltet; für die Prüfung und Würdigung dieses Interesses gestattete es einen dreifach größeren Spielraum, doch sollte sich die Wahrheit dieses Interesses vor der Zulassung des neuen Prozesses noch durch die Besiegung prozessualistischer Hindernisse bewähren: der Appellant mußte seine Bitte darum vor dem beschwerenden Richter vortragen, und das zwar öfter und zugleich nicht obenhin, sondern

---

dierum, qui currunt a tempore sententiae, vel ab eo tempore, a quo incipit currere decendium appellationis interponendae.«

[4]) C. Quoniam. 18. C. h. t.: ». . . placuit, ut, si intra dies solemnitatibus praestitutos haec appellationis cura defuerit, deserta ab eo provocatio existimetur.« Paul. V. 34. §. 2. in c. Ab eo. 24. §. 1. C. 2. Q. 6: »Qui intra tempora praestituta dimissorias non postulaverit, vel acceperit, vel reddiderit, praescriptione ab agendo submovetur, et poenam appellationis inferre cogitur.« Der Verlust seiner Berufung ist seine Strafe.

[5]) C. Ab eo. 6. h. t. in 6: ». . . alias praesumitur appellationi suae renuntiare adpellans, si eos intra idem tempus petere praetermittit.«

[6]) Fr. un. §. 2. D. de libell. dim. (49. 6.) in c. Post appellationem 31. pr. C. 2. Q. 6: »Sufficit autem, petiisse intra tempus dimissorias instanter et saepius . . . nam instantiam repetentis dimissorias constitutiones desiderant.« Clem. Quamvis. 2. pr. h. t.: »Quamvis rigor juris exposcat, eum, qui appellat, debere petere apostolos congruo loco et tempore saepius et instanter.«

mit Inständigkeit und angelegentlich, also mit demüthigender Unterwerfung und an gehöriger Stelle, congruo loco[7]), vor Gericht. — Im kanonischen Rechte wurde es üblich, von der Wiederholung der Bitte abzusehen und eine einmalige angelegentliche als hinreichend gelten zu lassen. Das allgemeine Concil von Vienne, 1311, erhob diesen Gebrauch zu einem allgemeinen Gesetze[8]).

Da das Gesetz nur bestimmt, daß die Apostel binnen dieser Frist erbeten werden müssen, so kann die Bitte darum auch mit der Einlegung der Berufung verbunden werden[9]). Das Vienner Concil ermächtigte den Richter, dem Appellanten einen bestimmten Termin zur Empfangnahme der Apostel anzusetzen. Stellt sich dieser in demselben nicht ein und bittet nicht um die Uebergabe der Apostel, so gilt sein Verhalten als ein Verzicht auf die Berufung[10]). Hätte der Richter erklärt, daß er die Apostel in der gesetzlichen Frist wolle verabfolgen lassen, so wäre der Appellant dadurch nicht der Pflicht, in jener Frist darum zu bitten, enthoben. Wollte er sie, wenn sie ihm angeboten würden, nicht annehmen, so würde er ebenfalls als darauf verzichtend betrachtet werden[11]). So

[7]) Gl. marg. Clem. Quamvis. 2. §. 1. h. t. zu Congruo loco: »Habes, quod illud, quod incumbit judici, debet quis petere congruo loco et tempore: loco, non quando est in prandio, vel in missa, tempore, non de nocte, vel cum est in majoribus occupatus.«

[8]) Clem. Quamvis. 2. pr. h. t.: ». . . nos tamen, antiquam et communem observantiam litigantium sequi et aequitatem rigori praeferri volentes, decernimus sufficere, quod per appellantem simul uno contextu apostoli instanter et saepius postulentur.«

[9]) Durant. l. c. §. 2. n. 1: ». . . appello . . . et apostolos instanter, instantius et instantissime peto.«

[10]) Clem. Quamvis. 2. pr. h. t.: ». . . Verum si judex, a quo appellatur, certum terminum ad recipiendos apostolos appellanti adsignet, et appellans in adsignato termino non compareat coram eo, nec petat apostolos sibi tradi, appellationi suae renuntiasse videtur.« Die Glosse bemerkt v. certum: »sive per denominationem diei, puta die Jovis proxima, vel per numerum, puta hodie ad VIII. dies, vel octava die mensis.« Gl. marg v. videtur: »Nota, quod judex potest praevenire terminum sibi statutum, sed terminum quem jus parti assignat, non potest arctare.«

[11]) Clem. Quamvis. 2. pr. h. t.: ». . . Similiter si judex appellanti responderit, intra juris terminum apostolos se daturum, appellationi suae renuntiasse appellans intelligitur, nisi intra dictum terminum congruo loco et tempore instanter et saepius saltem uno contextu petat apostolos ab eodem judice sibi dari, vel si recipere recusat oblatos.«

ist die Bitte um die Apostel eine unerläßliche Bedingung zur Verwirklichung der Berufung [12]).

6. Die Folgen einer Versäumniß bei der Einlegung der Berufung und beim Erbitten der Apostel, sei sie unverschuldet oder nicht, können durch keine gerichtliche Handlung, wie nicht Seitens des unteren, so auch nicht des höheren Richters, dem Appellanten abgewehrt werden. Das erfordert einen gesetzgeberischen Akt und gehört zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in integrum restitutio. Eine ganz andere Beurtheilung muß aber die Nichterfüllung einer jener Bedingungen erfahren, wenn sie durch den Richter, sei es mit oder ohne dessen Verschulden, veranlaßt wurde. Die Abhülfe für diese Fälle gehört nicht zu den Handlungen der speziellen Gesetzgebung, sondern mit zu dem ordentlichen Gerichtsverfahren. Denn es muß in der Gerichtsverfassung selbst dahin Vorkehrung getroffen sein, daß der Rechtsuchende auch dann sein Recht finden kann, wenn ihn außer ihm liegende und von ihm unabhängige Umstände daran hindern, es in dem gewöhnlichen Wege zu thun. Die Abhülfe hat das Gesetz theils vorbeugend durch Strafdrohung und theils durch angebotene Hülfe bei dem höheren Richter möglich gemacht.

7. Der eitele, oder der seiner Schwäche bewußte Richter, und mehr noch der partheiische, sieht die Prüfung seines Urtheils durch einen höheren Richter ungern. Und dieses Mißvergnügen schon kann ihn, um anderer unsittlicher Beweggründe nicht zu gedenken, verleiten, den Vortrag der Berufung oder die Bitte um die Apostel unausführbar zu machen, oder ihre Annahme und Berücksichtigung zu verweigern.

Die Verweigerung der Anhörung der Berufung oder der Bitte um die Apostel, oder die der Annahme des schriftlichen Vortrages wäre Versagung des richterlichen Gehöres [1]), die eine Beschwerde an die höhere

---

[12]) Durant. l. c. §. 3. n. 12: »... nisi petat et instanter petat, sibi imputet, quia non tenet ejus appellatio, quia de forma appellationis est, ut petantur.« Der deutsche Prozeß weicht hierin nach der Kais. Kamm.-Ger.-Ordnung von 1555 ab. Hier heißt es Th. II. Tit. XXX. §. 1: „... soll einem jeden Appellanten frey stehen, nach gethaner Appellation Apostolos zu bitten oder nicht.“ Ferner Tit. XXXI. §. 1: „Es soll auch ferner zu Förderung der Appellation-Sachen der Appellant schuldig seyn, es würden ihm Reverentiales, Refutatorii, oder deren keins für Aposteln gegeben, ... um Verfertigung der ergangenen Gerichtshändel fleißig nachsuchen.“ Im RT. Ab. von 1654 heißt es §. 61: „... vom Unterrichter die acta priora zu requiriren.“ Hieraus wird kein Kanonist zu folgern wagen, daß auch im kanonischen Prozesse die Apostel nicht mehr zu erbitten seien, und die Aktenübersendung genüge.

[1]) B. 1. T. 5. §. 2.

Behörde rechtfertigen und eine Bestrafung nach sich ziehen würde. Wie ferner in Fällen der Unzugänglichkeit des Richters die Berufung [2]), so kann auch die Bitte um Ertheilung der Apostel vor Zeugen erklärt werden. Das darüber von diesen ausgestellte Zeugniß wird apostoli testimoniales genannt [3]). Eine rechtliche Bedeutung, wie die Apostel, hat es nicht, sondern es ist ein sehr dienliches Mittel zur Nachweise vor dem höheren Richter, daß sich der Appellant kein Versäumniß zu Schulden kommen ließ. — Die eigentliche Nichtannahme der Berufung, recusatio, reprobatio [4]), und die Verweigerung der Apostel kann auch, in der gesetzlichen Frist eine jede, in ihren nachtheiligen Folgen durch die Berufung an den höheren Richter oder an die höchste Auktorität unwirksam gemacht werden [5]). Das Verhalten verpflichtet den Richter nicht allein zum Schadensersatze, sondern macht ihn auch strafbar [6]); andererseits kann der Appellant seine Berufung vor dem höheren Richter durchführen, als wären ihm die Apostel ausdrücklich verweigert worden [7]).

8. Die nothwendigen Handlungen vor dem unteren Gerichte Seitens des Appellanten sind demnach die Einlegung der Berufung und die Bitte um die Apostel, die Seitens des Richters aber die Delation oder Reception, oder deren Ablehnung und die Ausstellung der Apostel. Dazu kommt für ihn noch die Uebergabe der Akten an den Appellanten für die Verhandlungen vor dem höheren Gerichte [1]). Damit waren die einleiten-

[2]) §. 1. Not. 7.

[3]) Durant. l. c. §. 3. n. 11: »Hoc etiam scias, quod si appellatur coram personis honestis, et etiam publicis, quia judicis persona haberi non potest . . . peti possunt etiam ab eis apostoli testimoniales.« Gl. zu Clem. Si a judicibus. 1. h. t. in cas,

[4]) §. 3.

[5]) Fr. Ei, cujus. 5. §. 5. D. de app. recip. (49. 5.): »Intra constituta appellatoria tempora debet is, cujus appellatio non est recepta, vel competentem judicem, vel principem adire.« C. Significantibus. 44. X. h. t.

[6]) C. A Proconsulibus. 19. C. Quoniam. 21. C. Si appellationem. 31. C. h. t. Nov. 126. c. 3. in f. Conc. Trid. sess. 24. c. 20. in f. de ref. — Gegen Berufungen an den Papst c. Decreto. 11. §. 1. C. 2. Q. 6. C. De priore. 31. X. h. t.

[7]) Clem. Quamvis. 2. §. 1. h. t.: »Quod si judex . . . requisitus, eos non curaverit intra eundem terminum exhibere, appellationem suam ex tunc prosequi possit, ac si expresse fuissent eidem apostoli denegati. Fr. un. §. 2. D. de lib. dim. (49. 6.) in c. Post appellationem. 31. pr. C. 2. Q. 6. §. 5. Not. 6. C. A Proconsulibus. 19. C. h. t.: ». . . Praefectos adeat, ut apud eos de integro litiget, tanquam appellatione suscepta.«

[1]) C. Judicibus. 24. C. h. t. in §. 21. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. §. 5.

den Handlungen geschlossen und es folgten die Einführung und die Durchführung[2]) vor dem Obergerichte. Es bleibt nun zu untersuchen, in welchen Fristen und in welcher Weise diese Handlungen vor sich gehen mußten.

Nach dem oben[3]) angeführten, aus Paulus entnommenen Kanon mußten die Apostel in der Frist von dreißig Tagen nicht bloß erbeten, sondern auch ausgefertigt und dem höheren Richter vom Appellanten übergeben werden. Es war also auch der Richter zur Ausfertigung der Apostel, wie der Appellant zugleich zur Ueberreichung an das obere Gericht an die dreißigtägige Frist gebunden. Die Glosse bemerkt zu der Stelle »Dicitur hic, quod literae dimissoriae porrigi debent judici. ad quem appellatur, intra V. dies et intra eosdem peti et accipi: et si hoc appellans non fecerit, cadit a causa.« Die Ueberreichung der Apostel war mithin die erste Handlung vor dem Oberrichter. Eine andere, ebenfalls schon[4]) angeführte Stelle im Dekretum, die *eine* kaiserliche Constitution enthält, bespricht die Pflicht des Richters, binnen dreißig Tagen nicht allein die Berufung anzunehmen, sondern auch die Verhandlungen sammt den Aposteln oder seinem Berichte über die Sache den Parteien zu übergeben. Beide Bestimmungen betreffen den gewöhnlichen Fall der gesetzlich zulässigen Berufung; ihr Inhalt galt aber auch von den ungewöhnlichen Berufungen, die der Richter ablehnen konnte. In der früher[5]) theilweise ausgehobenen Stelle Marcian's wird gemeldet, durch kaiserliche Constitutionen sei vorgeschrieben, daß der Richter auch in

Not. 2. C. A' Proconsulibus. 19. C. h. t.: ». . . appellanti judex praebeat opinionis exemplum et acta cum refutatoriis partium suisque litteris ad nos dirigat.« Es handelte sich um Berufungen von den Proconsuln und Consuln an den Kaiser, bei welchen die Akten mit einem Begleitschreiben durch den Richter übersendet wurden. In andern Fällen geschah es durch den Appellanten. Nov. 126. c. 3: »Ad haec sancimus, ut omnes judices appellationem quidem, quae intra deputatos dies offertur, neque interdicta est legibus, omnibus modis suscipiant. Intra triginta vero dies, quam oblata fuit appellatio, actitata in causa cum propria subscriptione praebeant litigatoribus, ut illi pro suo haec auxilio competenti possint insinuare magistratui.« Nov. 134. c. 3. in f.: ». . . et edere gesta sine aliqua dilatione litigatoribus.«

[2]) Tit. 2. §. 2.

[3]) §. 5. Not. 4. C. Ab eo. 24. §. 1. C. 2. Q. 6.

[4]) §. 5. Not. 2. §. 21. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6: »Judicibus non solum appellationis suscipiendae necessitas videtur imposita, verum etiam triginta dierum spatia ex die sententiae definita sunt, intra quae gesta una cum relatione litigatoribus convenit praestari.«

[5]) §. 4. Not. 7. Fr. Sciendum est. 6. D. de app. rec. (49. 5.)

Fiskalsachen, wenn er die Berufung ablehne, sofort seine Ansicht darüber durch einen Bericht aussprechen müsse. Hier ist dem Richter die Pflicht ungesäumter Ausfertigung refutatorischer Apostel auferlegt; die ebenfalls schon [6]) erwähnte Constitution Constantin's macht es in solchen Fällen dem Appellanten zur Pflicht, innerhalb der gesetzlichen Frist, das ergangene Urtheil, opinionis exemplum, und die »refutatorias preces« dem höheren Richter vorzulegen.

So war die dreißigtägige Zeit zugleich die gesetzliche Frist für die Einführung der Berufung vor dem höheren Gerichte mit der Uebergabe der früheren Verhandlungen und des besondern richterlichen Berichtes, oder der Apostel, und für sie war der dreißigste Tag der fatale. Zur Vornahme aller Handlungen, die sie voraussetzte, mochte diese Zeit ausreichen, wenn das höhere Gericht nahe war, und sowohl Seitens des Richters, als des Appellanten sich keine störende Umstände einstellten, in unzähligen Fällen aber konnte sie nicht eingehalten werden und mußte die Rechtsuchenden in Schaden bringen. Sie änderte daher Justinian 529, indem er die Frist erweiterte. Er sprach sich darüber so aus [7]): »Et cum antea in fine cujuscunque temporis unus fatalis dies ex antiquis legibus constitutus esset, et saepe eveniebat, cum multae sint occasiones mortales appellationum, vel aegritudine, vel spatii prolixitate, vel per alias causas, quas nec dici, nec enumerari facile sit, eundem diem fatalem non observari et lites exspirare, et hujusmodi luctuosis infelicitatibus patrimonia hominum titubare: propter hoc fortunae relevantes insidias, sancimus, non in unum diem fatalem standum esse in posterum, sed sive ante quartum diem fatalis luminis et ipsum fatalem, sive post quinque dies, ex quo ortus fatalis effluxerit, appellator venerit et litem instituendam curaverit, et eam in competens judicium deduxerit, legi videri satisfactum.« Hieraus ergibt sich, daß die dreißigtägige Zeit nicht allein die gesetzliche Frist für die angegebenen Handlungen, sondern auch der dreißigste Tag der fatale Termin war, in welchem die Berufung eingeführt werden mußte. Diesen Termin änderte unsere Constitution in die zehntägige Frist, vom fünfundzwanzigsten bis zum fünfunddreißigsten Tage, und zwar für alle Appellations-Termine. Sie erklärt hierüber: »Eodem beneficio et in omnibus fatalibus aliis, qui vel a pedaneis

---

[6]) §. 5. Not. 4. C. Quoniam. 18. C. h. t.

[7]) C. Cum anterioribus. 5. §. 1. C. de temp. et reparat. appell. (7. 63.)

judicibus, vel ab aliis dantur, quos leges suis sanctionibus enumeraverunt, custodiendo vel observando: ut decem fatales dies pro uno ubique instituantur.« So hätten wir eine Erweiterung um fünf Tage. Allein hierauf blieb sie nicht beschränkt.

Schon 440 hatte Theodosius[8]) in Berücksichtigung der Gerichte, gegen deren Erkenntnisse Berufungen ergriffen wurden, bestimmt, daß für die von den höchsten Gerichten, von den Rektoren der Provinz, und von den höheren, a spectabili judice, den Proconsuln und Vicarien, eingelegten, die Frist eine sechsmonatliche, und davon der letzte Tag der fatalis oder temporalis war. Nach Ablauf dieser Frist folgte eine neue von dreimal 31 Tagen, wovon jedesmal der 31. ein fatalis war, nach deren Verlauf binnen neuen drei Monaten vom Kaiser eine Erneuerung, reparatio, erbeten werden mußte. Der letzte Tag dieser dreimonatlichen Frist war der fatalis, an welchem die Berufung eingeführt werden mußte: »causam induci praecipimus,« heißt es. Die Frist war also auf ein Jahr berechnet und enthielt fünf fatale Termine. Für Berufungen *von* kaiserlichen Delegirten galten die angegebenen zwei ersten Fristen von neun Monaten, denen jedoch keine Reparation mehr folgte; für Berufungen von Delegirten anderer höherer Richter bis zu dem des spectabilis judex galt die Frist von zwei Monaten, welcher noch eine von drei Monaten folgen konnte. — In Berücksichtigung der Entfernungen hat Justinian im Eingange unserer Constitution für Berufungen aus Aegypten und andern entfernten Gegenden ein Semester, für die aus Asien und andern näheren Provinzen ein Quartal anberaumt, jedoch so, daß die alten Nachfristen und die Reparation, mithin für jene ein Jahr, und für diese neun Monate blieben. Für Berufungen an das kaiserliche Consistorium beschränkte er die frühere[9]) zweijährige Einführungsfrist auf ein Jahr. Endlich setzte er fest, daß die in der gesetzlichen Frist eingeführte Berufung binnen einem Jahre zu Ende geführt werden müßte[10]). Die Bedingung: »si quis fatali die apud appellationis judicem . . . causae appellationis imponat exordium,« ist zunächst auf die in der Constitution angegebenen und

---

[8]) C. Tempora. 2. C. eod.

[9]) C. In offerendis. 37. C. h. t.

[10]) C. Cum anterioribus. 5. §. 4. C. de temp. et repar.: ». . . si quis fatali die apud appellationis judicem introductus, sive ex parte una, sive cognitionaliter causae appellationem imponat exordium, deinde relicta ea discedat, et in desidia reliquum tempus permaneat, et annale tempus post inchoatam litem praeterierit etc.«

auf die älteren fatalen Fristen zu deuten, berührt mithin auch unsere allgemeine Frist von dreißig Tagen, so, daß die Stelle in dieser Beziehung nur besagt, die in dieser Zeit eingeführten Berufnngen müßten in Jahresfrist durchgeführt werden. Dafür, daß für die Berufungen überhaupt eine einjährige Einführungsfrist bewilligt sei, gibt die Stelle keine bestimmte Andeutung. Die Novelle 49, welche sich hierauf bezieht, gibt keinen andern Sinn. Die einschlägige Stelle lautet: »Haec nos dudum sancientes correximus, annum quidem deputantes appellationem offerenti, sive ipsi secundum se ingredienti, sive communiter, quatenus intra hunc litem exequatur.« Sie enthält an sich nichts Neues, weil sie nur eine Wiederholung des schon Festgesetzten ist, und ihr erst die neuen Anordnungen folgen. Sie kann indessen, für sich allein und ohne Beziehung auf das frühere Gesetz betrachtet, aufgefaßt werden, als bestimme sie, die Einführung sowohl, als die Durchführung der Berufung, solle binnen Jahresfrist vor sich gehen. Das frühere Gesetz hatte das Anhängigmachen der Berufung ausdrücklich vorausgesetzt und von da ab ein Jahr für die Durchführung anberaumt; hier aber ist ein Jahr dem appellationem offerenti zur Fortführung bewilligt und unbestimmt gelassen, ob das offerre dem Jahre vorausgehen soll, oder ob es ebenfalls noch in dem Jahre geschehen könne. Die Auffassung in dem letzten Sinne wurde die geltende, und die Regel lautete [11]): »Ei, qui appellat, impertitur annus, intra quem secundum se communiterve cum adversario litem exequatur« [12]).

9. Durch diese Regel ist an der Frist für die Einlegung der Berufung, wie an der für die Bitte und die Ausfertigung der Apostel nichts geändert, sondern nur an der für die Einführung und zugleich für die Durchführung, deren Beschränkung auf die dreißig Tage sie aufhob [1]).

Die Regel ist aus den Bestimmungen über die alte Einführungsfrist gewonnen, sie beschränkt sich mithin auf die Fälle der gewöhnlichen Berufungen und ließ die außergewöhnlichen größeren Einführungsfristen für Berufungen vor höheren und entfernteren Gerichten unberührt [2]).

---

[11]) C. Ei, qui. 41. pr. C. 2. Q. 6. Auth. Ei, qui. zu c. Tempora. 2. C. de temp. et repar.

[12]) C. Cum sit romana. 5. C. Ex ratione. 8. C. Constitutus. 45. X. h. t. enthalten davon Anwendungen.

[1]) Daher fügt die Glosse der §. 8. ausgehobenen Stelle hinzu: »et hoc similiter est abrogatum.«

[2]) Gl c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. v. annus: »Si appellatur ad alium, quam ad principem, tunc videntur sex menses dandi. Item si appellatur a delegato, qui

Da es ferner hieß: »ei, qui appellat, impertitur annus«, so lag es nahe, die Frist nicht, wie die dreißig Tage, von der Insinuation des Spruches, sondern von der Einlegung der Berufung ab zu berechnen [3]).

Den Erben eines der Streitenden, der während der Frist gestorben ist, läuft sie fort, und ihnen ist außerdem noch eine neue von vier Monaten, die Bedenkzeit für die Erbschaftsantretung nicht eingerechnet, ertheilt [4]).

10. Da die Einführungsfrist im Interesse der Streitenden erweitert worden ist, so kann sie der Richter a quo je nach der Ortsentfernung und nach der Beschaffenheit der Personen und der Sache, und zwar mit peremtorischer Wirkung [1]) abkürzen, doch nicht erweitern [2]). Das kann auch der Appellat sowohl, als der Appellant [3]). Die vom Richter bestimmte Frist können sie jedoch nicht ändern, auch kann der Appellat die vom Appellanten bestimmte nicht abkürzen [4]), wohl aber umgekehrt, wie auch der Richter die des Einen sowohl, als des Andern [5]).

Wird die gesetzliche Frist nicht eingehalten, so hört die Berufung mit ihren Wirkungen auf, als wäre sie aufgegeben, deserta [6]), als wäre darauf verzichtet, renuntiare [7]), und der bekämpfte Spruch ist rechtskräftig [8]). Der von den Parteien sowohl, als der von dem Richter ange-

---

non recepit appellationem, dantur tres menses ... sed si a delegato principis, tunc novem menses.«

[3]) Das zeigen die §. 8. Not. 12. angeführten Stellen. Clem. Sicut. 3. h. t.: »Sicut appellationem judicialem, sic et extrajudicialem intra annum a die interpositionis ipsius, vel a die illati gravaminis, ubi a futuro gravamine appellatur, prosequi et finire tenetur appellans.« So berechnete auch Justinian die Einführungsfrist in Nov. 126. c. 3. §. 5. Not. 2.

[4]) C. Si unus. 6. C. si pendent. app. (7. 66.)

[1]) C. Saepe contingit. 44. X. h. t.

[2]) C. Cum sit romana. 5. C. Reprehensibilis. 26. C. Ad aures. 33. X. h. t.

[3]) C. Personas. 4. C. Oblatae. 57. X. h. t. C. Veniens. 13. X. de renunt. (1. 19.)

[4]) Gl. c. Oblatae. 57. X. h. t. in cas.: »... terminum statutum a judice vel ab appellante neutra pars potest praevenire.«

[5]) C. Personas. 4. X. h. t.

[6]) Clem. Sicut. 3. h. t.: »... Quod si, justo impedimento cessante, non fecerit, debebit ejus appellatio deserta censeri.«

[7]) C. Sollicitudinem. 54. X. h. t.: »... appellationi non renuntiabat objectae.«

[8]) C. Ei, qui 41. pr. C. 2. Q. 6: »... lite non completa, rata manet

setzte Termin ist ein peremtorischer, so, daß die Verhandlung ohne neue Vorladung vor sich gehen kann[9]), und er steht, als ein mittelbar gesetzlicher, in den Wirkungen der gesetzlichen gleich, so, daß durch die Nichtbeachtung der Spruch Rechtskraft gewinnt[10]).

Die von den Parteien ausgehende Fristbestimmung muß einerseits, damit daraus nicht ein neuer Streit entspringt, mit gegenseitigem Einverständnisse[11]) und selbstredend mit Genehmigung des Richters, der sie ja abändern kann, festgesetzt werden. Dieses Einverständniß ferner aber kann nur so weit wirksam sein, als es sich um das Recht, worüber beide Theile verfügen können, handelt, mithin ein öffentliches Recht oder das Recht von Dritten nicht berührt[12]).

11. Die Versäumniß der gesetzlichen oder der speziell bestimmten Frist wird durch eine wichtige und unabweisliche Ursache entschuldigt und unschädlich gemacht. Eine solche Ursache wird im Gesetze eine unabwendbare, inexorabilis[1]), eine unausweichliche, inevitabilis[2]), necessaria[3]), und eine rechtmäßige, justa[4]), genannt, worunter eine Thatsache zu denken ist, die nicht lediglich von dem Appellanten abhängt und ihm die Durchführung unmöglich macht, diese also nicht in seiner Gewalt stand, per impotentiam[5]). Es wird also vorausgesetzt, daß er seinerseits zu dem Zwecke that, was er thun konnte, daß er aber durch einen äußern, nicht zu beseitigenden Umstand von dessen Erreichung abgehalten wurde. Als eine solche ist angegeben, wenn die Schuld am Richter lag[6]); andere

sententia.« C. Cum sit romana. 5. X. h. t.: »... sententia tenebit.« C. Saepe. 44. X. h. t. Clem. Si appellationem. 6. h. t.

[9]) C. Saepe. 44. X. h. t.

[10]) C. Cum sit romana. 5. X. h. t.: »... si ... causam appellationis non fuerit prosequutus, tenebit sententia.«

[11]) Clem. Quamdiu. 4. h. t.: »Quamdiu appellationis prosequutio ... de partium expresso consensu differtur.«

[12]) Verhältnisse dieser Art sind die Ehe, die Besetzung eines Kirchenamtes, die eheliche Abstammung. Gl. zu Clem. Quamdiu. 4. h. t. v. imminere und additio.

[1]) C. Cum anterioribus. 5. §. 4. C. de temp. app. (7. 63.)

[2]) Nov. 49. pr. §. 1.

[3]) C. Cum sit romana. 5. X. h. t.

[4]) C. Ei, qui. 41. pr. C. 2. Q. 6.

[5]) C. Ex ratione. 8. X. h. t.: »... dummodo prosequutionem ipsius per impotentiam vos constiterit omisisse.«

[6]) C. Cum anterioribus. 5. §. 4. C. de temp. app.: »... nisi ipse evidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nisum, voluisse litem exercere, per judicem autem stetisse.«

sind nicht näher angedeutet und ihre Zulässigkeit hat der Richter zu würdigen. Der Apellant hat daher nachzuweisen, daß er nichts unterließ, was er thun konnte, und daß er durch ein nicht zu beseitigendes Hinderniß ein Weiteres nicht vermochte.

So weit also die Durchführung von dem Appellanten abhängt, muß sie in der angegebenen Frist vor sich gehen. Damit sind auch der Thätigkeit des höheren Richters Grenzen angewiesen, nicht zwar, als könnte ihm der untere Richter oder der Appellant solche ziehen, sondern er muß sie, weil sie gesetzliche Ordnung sind, beachten. Die Berücksichtigung gehört also in den Kreis seiner amtlichen Verpflichtung, deren Versäumniß ihn verantwortlich macht. Eine solche Verantwortlichkeit kann aber nicht Seitens der höchsten Auktorität gedacht werden. Wie daher die Berufungen an den Kaiser [7]), so können auch die an den Apostolischen Stuhl [8]) diesen Fristen nicht unterworfen werden.

12. Die Einführung der Berufung, inducere, introducere appellationem, ist die Handlung des Appellanten, wodurch er sie an dem höheren Gerichte anhängig macht und damit den ernsten Schritt zur neuen Untersuchung thut. Als gleichbedeutend werden die Ausdrücke [1]): »litem instituere« [2]), »litem in competens judicium deducere« [3]), gebraucht, und von ihr wird ausgesagt, daß der Appellant mit ihr den Appellations-Prozeß beginnt: »causae appellationis imponit exordium«, wie bei Klagen von den Wirkungen der Litiscontestation die Aeußerungen üblich sind [4]). Nach diesen Bezeichnungen hat die Handlung Wirkungen, die jener der Litiscontestation wenigstens analog sind; es kann aber nicht daraus gefolgert werden, daß sie auch der Form nach derselben gleich oder ähnlich sei. Dagegen spricht der sehr gangbare Ausdruck: »adire judicem, qui appellatur« [5]). Und dieser bezeichnet in der klassi-

---

[7]) Auth. Sed et lis. zu c. Tempora. 2. C. eod. aus Nov. 23. c. 2.

[8]) C. Ex insinuatione. 50. X. h. t.: »... licet non potuerit nobis legem imponere, ut eam teneremur intra dictum terminum expedire, cum et secundum legitimas sanctiones lis, quae in consistorio principis speratur inferri, absque damno morae intacta permanet.«

[1]) C. Cum anterioribus. 5. §§. 1. 4. C. de temp. app. (7. 63.) §. 9. Not. 7. 10.

[2]) Wie Paul. V. 4. §. 11: »... injuriae actionem instituit.«

[3]) Wie fr. Liberto. 31. §. 2. D. de neg. gest. (3. 5.): »Litem in judicium deductam.«

[4]) §. 8. Not. 10. B. 1. T. 2. §. 8.

[5]) Fr. Ei, cujus. 5. §. 2. D. de appell. recip. (49. 5.): »... eum adiri

schen [6]) und in der prozessualistischen [7]) Sprache das Auftreten vor dem Richter mit der Bitte um Entscheidung des Rechtsstreites. Die Einführung besteht demnach in dem Vortrage der Beschwerde gegen den ergangenen Spruch, selbstredend unter allgemeiner Angabe der Beschwerde dagegen und der eingelegten Berufung mit der Bitte um neue Untersuchung und Entscheidung [8]). Das sind die Hauptpunkte des Vortrages; sind unter den besondern Umständen noch andere anzugeben, wie namentlich, wenn Attentate von Seiten des Unterrichters begangen oder zu befürchten sind, so werden sie mit aufgenommen. Mehre Dekretalen lassen annehmen, daß ein mündlicher Vortrag zur Veranlassung der weiteren Untersuchung hinreicht [9]), doch spricht die allgemeine Regel und der herkömmliche Gebrauch für die Einreichung einer eigenen Schrift [10]).

Ein Gesuch des angedeuteten Inhaltes würde als Einführung zur Unterbrechung der etwa dafür angesetzten kürzeren Frist genügen [11]), doch den Richter nicht in den Stand setzen, in der Sache eine Verfügung zu erlassen, so lange wenigstens nicht die Erwartung der Nachweise der einzelnen Aufstellungen begründet wäre. Dazu müßten die Abschrift des Spruches, die Apostel und die gerichtlichen Verhandlungen beigefügt, oder die baldige Ueberreichung der letzteren angemeldet werden. — Wäre der Appellant nicht einer der streitenden Theile, sondern ein Dritter, so müßte er bei der Einführung sofort seine Berechtigung zur Berufung nachweisen [12]).

oportet, quem appellare quis debet.« In dieser Stelle kommt das Wort siebenmal vor.

[6]) Caes. De bell. civ. I. 87: »Quascunque postea controversias inter se milites habuerint, sua sponte ad Caesarem in jus adierunt.«

[7]) Fr. Non est verisimile. 23. D. quod met. caus. (4. 2.): ». . . cum potuerit jus publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum.«

[8]) Hiernach sind die von Durantis lib. 4. par. 2. de appell. §. 4. n. 1. sqq. angegebenen Formeln der libelli appellatorii abgefaßt.

[9]) C. Veniens. 13. X. de renunt. (1. 9.): ». . . cum venisset et nobis . . . facti seriem enarraret, . . . Petrum de Colle medio, capellanum nostrum super hoc sibi concessimus auditorem.«

[10]) Durant. lib. 2. par. 2. de lit. cont. §. 2. n. 15. lib. 2. par. 3. de appell. §. 10. n. 1.

[11]) Durant. lib. 2. par. 3. de appell. §. 7. n. 13: ». . . hoc obtinuit, quod sufficit auditorem impetrasse, vel adire intra tempora praedicta ad hoc, ut tempora servasse videatur.«

[12]) C. Cum super. 17. X. de sent. et re jud. (2. 27.): ». . . si constiterit, appellationem pro ecclesia Ovetensi rationabiliter interpositam.« Der Bischof von Oviedo hatte gegen das in dem Prozesse des Bischofes von Orense mit dem Kloster Neuzell ergangene Urtheil Berufung eingelegt.

13. Die Thätigkeit des Appellrichters ist eine doppelte: die Prüfung der Devolution der Streitsache an ihn und die der Berufung selbst, das heißt, der Begründung der erhobenen Beschwerde. Die erste muß der andern voraufgehen, weil von ihrem Ergebnisse die Gültigkeit der andern abhängt. In so fern kann jene die Voruntersuchung und diese das Hauptverfahren heißen [1]).

Die Devolution hängt Seitens des Richters von seiner Competenz, hier insbesondere von seinem Verhältnisse dem Unterrichter gegenüber [2]), Seitens des Prozesses von der Beobachtung der Solemnitäten [3]), Seitens des Appellanten von dessen Berechtigung zu der Berufung [4]), und Seitens des Gegenstandes der Berufung von der gesetzlichen Zulässigkeit derselben [5]) ab. Diese Punkte hat mithin die Voruntersuchung zu prüfen und nach dem Ergebnisse das weiter Erforderliche zu erledigen.

Die erste Frage erledigt die geltende Gerichtsverfassung, die zweite und dritte muß die Einführung erledigen. Wird einer dieser Punkte bestritten, so muß darüber eine spezielle Untersuchung Gewißheit geben, bevor eine weitere Gerichtshandlung in der Sache gesetzt werden darf [6]).

Der vierte Punkt bezieht sich auf die Endurtheile, gegen welche die Berufung von Rechts wegen verboten ist, a jure prohibita, und auf die Interlokute, gegen welche eine Berufung nach dem Concil von Trient ausnahmsweise statthaft ist. Ueber die erste geben zwar das abschriftlich vorgelegte Urtheil und die eingereichten Akten Auskunft, doch eigentlich nur so weit, als die Sache vor dem Untergericht zur Verhandlung kam

---

[1]) Gl. zu c. Romana. 3. h. t. in 6. in cas.: ». . . sciendum, quod judex appellationis haberet ferre duas sententias: unam interlocutoriam, an appellatio fuerit ad eum devoluta vel non, aliam diffinitivam respectu articuli appellationis: videlicet an bene fuerit appellatum vel male, et an bene judicatum vel male.«

[2]) Tit. 2. §§. 5. 6.

[3]) Tit. 3. §§. 2. 5. 8. 10.

[4]) Tit. 2. §. 4.

[5]) Tit. 2. §§. 7. 8.

[6]) C. Romana. 3. §. 3. h. t. in 6: »Si vero, vocatis partibus, vel nullatenus aut non intra decem dies post interlocutoriam vel definitivam sententiam appellatum fuisse, seu aliquid aliud simile, sicque non esse per appellationem ad eundem archiepiscopum vel ejus officialem devolutum negotium proponatur: iidem, nisi prius ipsis constiterit, caussam ipsam ad eos totaliter fuisse delatam, prohibere, ne in caussa illa vel ne ad exsequutionem procedatur sententiae, non praesumant.« Gl. v. non praesumant: »Primo enim debet de jurisdictione constare: et cognita, an sit judex, exercitium jurisdictionis procedere.«

und als der Richter daraus seine Ueberzeugung gewann, und nicht, ob Alles bei der Untersuchung vorgebracht und sattsam oder richtig gewürdigt worden, und ob die Ueberzeugung des Richters eine rechtlich begründete gewesen ist. Außerdem kann eben der Grund der Unzulässigkeit der Berufung, die Notorietät, das Geständniß und der Ungehorsam, selbst noch nach seinem wirklichen Vorwalten und seiner gesetzlichen Beschaffenheit sehr in Frage stehen. Und diese Prüfung gehört in die Voruntersuchung; jedoch nicht ganz und erschöpfend. Denn dieses Alles kann Bestandtheil der Begründung eines neuen Urtheils sein, daher denn seine tiefer eingehende Prüfung nicht jetzt schon vorgenommen werden darf, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten werden muß. Sobald mithin der Oberrichter erkannt hat, nicht, daß solche Umstände wirklich obwalten, sondern daß sie obwalten und erweislich sein könnten, kann er die Annahme der Berufung beschließen und in deren Folge weitere gerichtliche Handlungen vornehmen. Das Lyoner Concil sagt darüber [7]): »postquam cognoscere coeperint, utrum sit recipienda vel non appellatio«; mithin kann schon sofort beim Beginne der Voruntersuchung gerichtlich gehandelt werden. Zu diesem Handeln nun ist hier vorzüglich der Erlaß des Verbotes der Exekution des Urtheils an den Unterrichter zu rechnen.

Da die Berufungen gegen Interlokute immer nur schriftlich und unter gleichzeitiger Angabe der Gründe geschehen und angenommen werden dürfen [8]); so wird schon die Einführung dem Oberrichter darüber genügende Auskunft geben, ob eine eingeführte angenommen werden darf, oder abgewiesen werden muß [9]). Zur Erledigung unserer Vorfrage genügt indessen nicht die bloße Angabe des Grundes, sondern er muß auch nachgewiesen werden [10]). Und das ist denn der Gegenstand der speziellen Untersuchung [11]). Ist dann diese begonnen, so kann der Oberrichter das

---

[7]) C. Romana. 3. §. 5. h. t. in 6. Tit. 7. §. 2. Not. 5.

[8]) §. 1. Not. 15.

[9]) Tit. 2. §. 8.

[10]) C. Interposita. 70. pr. X. h. t.: »Interposita appellatione ex causa probabili, non sufficit appellanti probare, quod ex caussa hujusmodi provocavit, si eam non doceat esse veram: nisi hoc se offerens probaturum, non fuisset admissus.«

[11]) C. Ut debitus. 59. in f. X. h. t.: ». . . Cum autem ex rationabili causa putaverit appellandum . . . superior de appellatione cognoscat.«

Verbot des weiteren Vorgehens in der Sache an den Unterrichter erlassen [12]).

In beiden Fällen gehören zu den gerichtlichen Handlungen und Erlassen der angegebenen Art auch die Verbote von befürchteten Attentaten oder die Befehle, wenn solche Statt gefunden haben, die Sache wieder in den vorigen Stand zurückzuführen [13]). Bei nicht untersagten Berufungen gegen Endurtheile werden auch die während der zehntägigen Berufungsfrist begangenen Attentate wieder aufgehoben, bei der untersagten aber und bei Interlokuten erst von dem ergangenen Verbote des Appellrichters, oder, wenn ein solches nicht erging, von da ab, wo der Berufungsgrund als wahr erkannt ist [14]). — Wird die Berufung nicht angenommen, so wird der Appellant sofort in die Kosten verurtheilt und die Sache an den früheren Richter zur Exekution oder Fortführung zurückgeschickt [15]), wenn er sie nicht gänzlich abgegeben hat [16]). Wird sie angenommen, so tritt zur Prüfung des bekämpften Spruches das Hauptverfahren ein.

Die Voruntersuchung bei Berufungen gegen Endurtheile beschränkt sich auf die Prüfung der drei ersten Punkte. Denn alle andere Gründe, die gegen ihre Zulassung geltend gemacht werden möchten, können nur die Angriffe auf das ergangene Urtheil bekämpfen, wie beispielsweise auch die Behauptung, daß die Berufung nur eine frivole sei, sind also selbst schon Gegenstand des Hauptverfahrens. Zur Voruntersuchung kann indessen noch die Behandlung der Attentate in so fern gerechnet werden, als es Regel ist, daß der höhere Richter sie vor Allem widerrufen und

---

[12]) C. Romana. 3. §. 4. h. t. in 6: »Quodsi objiciatur ex injusta caussa seu minus legitima ante sententiam appellationem interpositam exstitisse, et ex eo non esse appellationem hujusmodi admittendam: nequeunt praedicti archiepiscopus vel ejus officialis prohibere, ne procedatur in causa, nisi prius appellatione recepta velut emissa ex caussa probabili, cognoscere incipiant de caussa hujusmodi, an sit vera.« C. Super eo. 10. X. h. t. Gl. v. principalis causa.

[13]) C. Cum teneamur. 17. X. h. t. — Solche Erlasse pflegen im deutschen Prozesse Inhibitoriales genannt zu werden. R. A. von 1594. §. 93., daher die Erlasse: lit. inhibitoriales.

[14]) C. Non solum. 7. h. t. in 6: ». . . Tunc enim, quidquid post inhibitionem hujusmodi fuerit innovatum, est, licet causa eadem non sit vera, per eundem appellationis judicem ante omnia in statum pristinum reducendum.«

[15]) C. Cum in ecclesia. 38. et gl. v. alioquin. C. Ut debitus. 59. in f. C. Cum speciali. 51. in f. C. Interposita. 70. §. 20. X. h. t. C. Cum appellationibus. 5. h. t. in 6.

[16]) C. Cum appellationibus. 5. h. t. in 6. §. 8. Not. 17.

wieder gut machen muß[17]). Und dazu gehören, wie erwähnt, alle, welche nach dem ergangenen Spruche gewagt worden sind[18]). Aus dem Bemerkten ergibt sich näher, was der Appellant zur Rechtfertigung seiner Berufung Behufs ihrer Annahme in der höheren Instanz und der Erwirkung der von ihm gewünschten Erlasse zu erbringen hat.

14. Die Haupttheile des Appellations-Verfahrens sind die Beweisführung Seitens des Appellanten und die Urtheilsgewinnung Seitens des Richters. Es ist in der Regel ein zweiseitiges mit Betheiligung der beiden Streitenden und nimmt den Gang des ordentlichen Verfahrens in erster Instanz, jedoch mit Abkürzung, und hat den Charakter des summarischen Verfahrens. Eine Litiscontestation kommt insbesondere auch nicht vor. Da das Streitobjekt in dem angegriffenen Urtheile gerichtlich feststeht, so ist eine solche kein Bedürfniß[1]), und eine gesetzliche Nothwendigkeit wird nirgend angedeutet[2]).

---

[17]) C. Sollicitudinem. 54. X. h. t.: »... ad officium ejus, qui de appellatione cogniturus est, pertinet, prudenter corrigere, quae contra ipsam invenerit attentata.« Gl. zu c. Non solum. 7. h. t. in 6. in casi: »... Nota primo, quod ad officium judicis ad quem spectat, cassare, revocare, annullare attentata post sententiam definitivam, etiam post appellationem, et hoc priusquam incipiat cognoscere de meritis causae appellationis, an bene vel male judicatum fuerit.«

[18]) C. Non solum. 7. h. t. in 6.

[1]) Das Streitobjekt kann doppelt feststehen: einmal durch die L. C. in erster Instanz und dann durch den richterlichen Spruch. Der erste Grund ist in c. Per tuas. 58. X. h. t. in den Worten: »... cum lis sit super eodem negotio coram primis judicibus legitime constituta, poterunt judices delegati, eo, qui convenitur per contumaciam absente ... negotium diffinire,« geltend gemacht, der andere in c. Interposita. 70. §. 3. X. h. t. in dem Satze: »... potest super hoc lite non contestata procedi, licet nondum litis contestatio facta fuerit in ipso appellationis articulo vel negotio, quia, cum in hoc casu iniquitas prioris judicis principaliter arguatur, non est rigor juris, ex quo sequi posset causae perplexitas, requirendus,« wo zugleich Vereinfachung des Verfahrens mit berücksichtigt ist. Hierzu macht die Glosse v. Lite non contestata darauf aufmerksam: »Hic habes novum casum, in quo potest procedi lite non contestata;« sie folgert indessen weiter daraus: »Et ita colligitur ex hac littera a contrario sensu, si esset praesens, quod super exceptione debet lis contestari, quod verum credo.« Sie setzt also den Grund in die Abwesenheit des einen Theiles; allein das Kapitel selbst hat ihn nicht darein gesetzt. Bei der Berufung in c. Raynaldus. 18. X. de testam. (3. 26.) kommt zwar eine L. C. vor; allein daraus kann nur ihre Zulässigkeit, nicht ihre Nothwendigkeit gefolgert werden. Die Glosse bemerkt dazu v. contestata: »... Satis potest dici, quod in causa appellationis fiat contestatio de novo ... nec tamen dicitur propter hoc fieri super principali, quia super alio videtur fieri contestatio, quam in principali.«

[2]) In c. Cum anterioribus. 5. §. 4. C. de temp. app. (7. 63.) werden

15. Der Annahme der Berufung kann daher sofort die Beweisführung folgen, immerhin aber so, daß der Prozeß vor Ablauf der gesetzlichen Frist beendigt werden kann. Diese Frist kann der Oberrichter nicht abkürzen, wohl aber die erbetene und als nöthig erwiesene Erweiterung bewilligen [1]). Der Beweis selbst wird durch einen schriftlichen Vortrag der Beschwerdepunkte, der zu ihrer Nachweise dienenden Gründe und der Bekämpfung der von dem andern Theile geltend gemachten Gründe, so weit dieses nicht schon in den früheren Akten geschehen ist, und der daraus sich ergebenden Anträge geführt [2]). Die Vorlegung der früheren Akten gehört mit zur Beweisführung, ist mithin zunächst das Geschäft des Appellanten [3]). Diese Weise der Mittheilung wurde unverkennbar durch die Schwierigkeit der amtlichen Uebermittelungen und des öffentlichen Verkehres veranlaßt; unbedenklicher und sicherer ist die Uebersendung durch das Gericht selbst [4]).

Die bezeichnete Schrift des Appellanten, gewöhnlich Rechtfertigungsschrift, auch libellus gravaminum genannt, muß dem Appellanten zur Prüfung und Gegenerklärung mit Bestimmung einer angemessenen Frist in Abschrift mitgetheilt werden.

Auf diese beiderseitigen Auslassungen beschränkt sich das Beweisverfahren, wofern der Richter nicht noch weitere Erhebungen für nöthig findet.

---

der einseitigen Einführung des Appellanten die Wirkungen der L. C. beigelegt. §. 12. Not. 1. In c. Ampliorem. 39. pr. C. h. t. wird die ganze Untersuchung auch als einseitig vom Appellanten abhängig vorausgesetzt, also ist nicht an eine L. C. zu denken. Die Glosse zu c. Si autem. 38. C. 2. Q. 6. versteht das »ante litem contestatam« in der von Gratian aufgenommenen C. un. C ne liceat in una. (7. 70.) von der L. C. bei Berufungen und folgert: »Et sic patet, quod in causa appellationis est lis contestanda;« fügt aber bei: »ergo libellus est porrigendus; tamen aliter fit de consuetudine.« Und diese consuetudo war begründet und wurde durch die Stelle nicht berührt, da sie nicht von einer Berufung handelt, wovon hier die Rede ist.

[1]) Durant. lib. 2. par. 3. de app. §. 7. n. 16.

[2]) C. Ampliorem. 39. §. 1. C. h. t.: »In refutatoriis libellis . . . caveant . . . litigatores . . . verbosis uti adsertionibus . . . sed haec sola eis inscribere, quae compendiosa narratione causas provocationis possunt explanare, vel aliquid novi continent, vel addere quod derelictum est.«

[3]) §. 5. Not. 2. §. 8. Not. 1.

[4]) Die Bitte des Appellanten um Einforderung der Akten durch den Appellrichter und die Zuschrift desselben an den Unterrichter, compulsoriales, gehören in den deutschen Prozeß, J. R. A. §. 60.

16. Hier liegt die Frage nahe, wie weit sich die Rechtfertigungsschrift auf die frühere Beweisführung beschränken muß, oder wie weit sie darüber hinausgehen kann, mithin was die Beschwerden sowohl, als was die dafür vorgebrachten Gründe und die davon hergeleiteten Anträge betrifft.

Da die Berufung ihrem Wesen nach die Aenderung eines über einen gerichtlich verhandelten Streitpunkt ergangenen Richterspruches bezweckt, so kann ein neues Streitobjekt, novum capitulum, nicht ihr Gegenstand sein, und es kann über keinen Punkt Beschwerde geführt werden, der nicht Gegenstand des früheren Prozesses war. Hierüber gibt Justinianus Constitution [1]) Per hanc. 4. C. de temper. et reperat. appell. die Weisung: »ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus tam appellatori, quam adversae parti, novis adsertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae.« Der Appellant, der mit Beschuldigungen gegen einen Gewählten abgewiesen worden ist, kann bei der Berufung nicht mit ganz andern gehört werden [2]). Behauptungen hingegen und die Geltendmachung solcher Aufstellungen, die ihrem Inhalte nach nicht neu, sondern nur die Entwickelung von früheren oder eine genauere und richtigere Auffassung der Sache sind, können nicht als Aufstellung neuer Streitobjekte gelten. Wäre ein bedingter Verkauf als ein unbedingter behandelt und darüber ein Spruch ergangen, so wären der Verkauf und die daraus abgeleiteten Verbindlichkeiten bei der Berufung noch immer das nämliche Streitobjekt, und die wahre Beschaffenheit des Rechtsgeschäftes müßte noch geltend gemacht werden können [3]). Die Stellung neuer, den so beschaffenen Aufstellungen entsprechender Anträge

---

[1]) Ueber die vor das kaiserliche Consistorium gewiesenen Gegenstände. Die Weisung ist in c. In offerendis. 37. in f. C. h. t. auch auf andere Gerichte mit den Worten ausgedehnt: »Novas etiam adsertiones a partibus apud eundem vel eosdem judices addi ad exemplum consultationis ad sacrum vestrum palatium introducenda permittimus.«

[2]) C. Constitutis. 46. in f. X. h. t.: ». . . aliam autem tunc non expressit, etsi dixerit, . . . quod aliam vellet objicere coram nobis.«

[3]) C. Cum Joannes. 10. X. de fide instr. (2. 22.): ». . . etsi novum esset capitulum, pendebat tamen de veteri.« Die Glosse bemerkt dazu unter Hinweisung auf unsere c. Per tuas. C. v. pendebat: »Si enim capitulum ex toto esset novum, non penderet ex veteri, judex appellationis non cognosceret, nec testes reciperet.«

ist daher ebenfalls zulässig. Die Beweisführung kann in ihrem bekämpfenden Theile die noch nicht vorgebrachten peremtorischen Einreden [4]), exceptiones, und andere Gründe aufnehmen, und in ihrem begründenden Theile nicht minder alle noch zu Gebote stehende Beweismittel [5]), den Zeugenbeweis, so weit er sich auf alte Sätze bezieht, ausgenommen. Dieser ist nur für die neuen Sätze zulässig [6]). Das nämliche Recht steht auch dem Appellaten zu.

Berufungen gegen Interlokute können nur durch die bei der Einlegung angegebenen Gründe gerechtfertigt werden [7]).

17. Diese Rechtfertigungsschrift des Appellanten muß, wie des Zusammenhanges wegen bereits erwähnt ist, auch wenn sie nichts Neues enthält, um so mehr, wenn solches vorgebracht ist, dem Appellaten mitgetheilt werden. Das ist nothwendig, weil es sich um das ihm im früheren Urtheile zugesprochene Recht handelt, das erfordert daher auch jedes Beweisverfahren, und beim mündlichen Prozesse, wobei die Schrift im Termine vorgelesen wurde, solent recitari [1]), war ihm Gelegenheit gegeben, davon Kenntniß zu erhalten, die ihm beim schriftlichen nicht entzogen werden darf. So kann er denn ihren Inhalt bekämpfen. Daß er hier-

---

[4]) C. Joannes. 10. cit.: »... cum hujusmodi exceptio ... nec probata fuerit, nec objecta.« Gl. v. hujusmodi.

[5]) Die c. Per tuas. 4. fährt so fort: »Sed si qua dita quidem allegatio monstrabitur, vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacros cognitores sine procrastinatione praeberi poterunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis jam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine.« Wenn demnach bei der früheren Beweisführung oder Vertheidigung, allegatio, die Begründung, probatio, oder bei Vorlegung eines Beweisstückes, instrumentum, dessen Prüfung nicht Statt fand, so kann dieses bei der Berufung geschehen. Die Glosse bemerkt in der Ueberschrift: »In causa appellationis licet utrique parti non propositum proponere, et non probatum probare, si actionem antiquam respiciat.« Dieses Recht wird »beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi« genannt. Thib. Syst. des P. R. §. 1251. — Ueber die Beweisführung heißt es in c. Ampliorem. 39. §. 1. C. h. t.: »... causas provocationis possunt explanare etc. §. 15. Not. 2. C. Eos, qui. 6. §. 1. h. t. gestattet nachzutragen, »Si quid in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum.«

[6]) C. Fraternitatis. 17. X. de test. (2. 20.): »... testes ... credimus posse recipi super novis duntaxat capitulis.« C. Caussam, quae vertitur. 19. X. eod. Clem. Testibus. 2. de test. (2. 8.). In der c. Eos, qui. 6. §. 2. C. h. t. war die Vernehmung neuer Zeugen auch für frühere Sätze gestattet.

[7]) Clem. Appellanti. 5. h. t.: »Appellanti ab interlocutoria ... non liceat alias causas prosequi, quam in appellatione sua nominatim duntaxat expressas.«

[1]) C. Ampliorem. 39. §. 1. C. h. t.

bei auf eine Bekämpfung beschränkt sei und nicht auch für die Aufrechthaltung seines Rechtes die früher vorgebrachten Beweise eingehender entwickeln und erhärten, auch neue vorlegen dürfe, wird nirgend behauptet, in der besprochenen Constitution Justinians ist vielmehr ausdrücklich erklärt, nicht bloß dem Appellanten, sondern auch dem Appellaten, adversae parti, stehe das angegebene Beweisrecht zu. Er besitzt es also abgesehen von des Appellanten Schrift. Wäre er freilich ebenfalls als Appellant aufgetreten, so stünde es ihm als solchem zu, und zugleich als Appellaten.

Wie steht es nun um sein Recht, wenn er nicht ebenfalls als Appellant auftrat, auch keine neue Stützen dafür versucht und zugleich nicht einmal die Beweisschrift des Appellanten beantwortet? Es steht dann so darum, wie es beim mündlichen Verfahren gestanden hätte, wenn er bei den Verhandlungen in den Terminen nicht erschienen wäre.

18. Hierüber meldet Justinians Constitution Ampliorem[1]) vom Jahr 530: »Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendantes, cum in appellationum auditoriis is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi, qualiscunque fuisset, compellenda.« Nach dieser Gewichtsobservanz war nicht der ergangene Richterspruch, sondern nur der vom Appellanten dagegen gestellte Antrag der Gegenstand des Appellverfahrens, wenn nicht auch der Appellat Berufung einlegte. Das änderte Justinian und verordnete: »Sancimus itaque, si appellator semel in judicium venerit et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium, sin autem absens fuerit, nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.« Hierdurch ist der Appellat der Einlegung der Berufung in der gesetzlichen Frist und dessen, was damit zusammenhängt, enthoben, er kann zur Wahrung des ihm zuständigen Rechtes, oder zur Bekämpfung des ergangenen Spruches, wenn er ihn nicht zufrieden stellt, auch dann noch mit Erfolg auftreten, wenn der Appellant seine Rechtfertigungsschrift abgegeben hat, und wenn er das unterläßt, so vertritt ihn der Richter von Amts wegen. Der Ausdruck »per suum

---

[1]) §. 19. Not. 2.

vigorem«, ist hier gleichbedeutend mit »auctoritate sua« [2]), oder »ex officio«.

Der Umfang der richterlichen Vertretung ergibt sich aus dem zweiten Satze. Was der Appellat bei seiner Anwesenheit zur Geltung zu bringen befugt ist, thut statt seiner, wenn er abwesend ist, so weit es in den Verhandlungen vorliegt, der Richter vermöge Amtsbefugniß und Amtspflicht. Der Appellat kann aber noch geltend machen, was er gegen den Richterspruch, judicata, einzuwenden hat. Er ist also nicht auf die vom Appellanten etwa bestrittenen Punkte beschränkt, sondern kann auch noch andere bekämpfen, hat mithin die ganze Befugniß, die er von Anfang an würde gehabt haben, wenn er Berufung eingelegt hätte [3]). Denn er ist nicht ermächtigt, lediglich die Berufung, provocatio, zu bekämpfen, wie die Glosse die Stelle beschränkend erklärt [4]), sondern die gerichtlichen Entscheidungen. Es war auch eben die erklärte Absicht des Gesetzgebers, den früheren einseitigen Gerichtsgebrauch, daß nur der Appellant durch seine Berufung eine günstigere Entscheidung, emendationem, erwirken konnte, und nicht der Appellat, wenn er nicht ebenfalls Berufung ergriffen hatte, abzuschaffen und Letzterem sein Recht auch noch vor dem Oberrichter zu sichern. So wird denn mit der Rechtfertigungsschrift des Appellanten die Berufung eine gemeinschaftliche, wie es die Beweismittel durch die Beweisaufnahme im gewöhnlichen Verfahren werden, und so zwar, daß der Richter, wie bei diesem alle vorgebrachte Beweismittel, so dort die erbrachten Beweise und das Recht eines jeden Theiles, und das des Appellaten insbesondere auch dann berücksichtigen muß, wenn er nicht anwesend ist und es nicht selbst speziell gewahrt hat. Und so wird denn die ganze Appell-verhandlung eine

[2]) C. Pro multis. 2. §. 1. C. Th. de suscept. (12. 6.): »... quod debebatur duplum fisci rationibus per vigorem officii tui inferre cogatur.«

[3]) Im deutschen Prozesse wird dieses Berufen auch des Appellaten von Anfang an „Principal-Adhäsion" genannt, im Gegensatze zu den späteren Erklärungen beim Beweisverfahren, die man „accessorische Adhäsion" nennt. Thib. a. a. O. §. 1251. Die Bezeichnung ist aus c. Ut circa. 4. de elect. in 6. entlehnt, wo denjenigen, welche die Besetzung eines Kirchenamtes bekämpfen, opponentes, und die sich diesen sofort bei Einlegung der Berufung oder später anschließen, adhaerentes, ein besonderes Verfahren vorgeschrieben wird. Hier sind also die Adhärenten diejenigen, welche sich dem Appellanten gegen den Gewählten und die Wähler als Partei mit anschließen, und nicht die Gegenpartei, die Appellaten, selbst. Der Ausdruck ist daher nicht glücklich gewählt; er ist auch ganz entbehrlich.

[4]) Gl. zu c. Ampliorem. 39. C. h. t. v. judicata: »verum est super eo capitulo, in quo est appellatum.«

gemeinschaftliche. An dieser Rechtslage des Appellaten und der ihr entsprechenden Obliegenheit des Richters hat das üblich gewordene schriftliche Verfahren nichts geändert. Die Aenderung traf nur die äußere Form des Verfahrens und berührte nicht das rechtliche Innere des Prozesses. Es ist demnach dem Appellaten nicht bloß unbenommen, in der Entgegnung auf die Rechtfertigungsschrift Alles vorzutragen, was sein Interesse erheischt, sondern es muß auch, wenn er es unterläßt, der Richter dessen Recht, so weit er es aus den Verhandlungen als verkürzt erkennt, bei der Entscheidung berücksichtigen.

19. Ein neues spezielles Beweis-Verfahren kann sowohl durch die Rechtfertigungsschrift des Appellanten, als durch die Entgegnung Seitens des Appellaten in doppelter Weise noch nöthig werden, je nachdem sie zulässige und noch zu beweisende neue Sätze enthalten, oder neue Beweismittel vorbringen. Die neuen Sätze nun können denn auch durch Zeugen bewiesen werden, wie die nun erst geltend gemachten Exceptionen und andere Gründe. Außerdem kann der Richter selbst noch Erhebungen und Zeugenvornehmungen, die er für nöthig erachtet, anordnen.

20. Sind die noch erforderlichen und erbringlichen Beweise erbracht, so tritt für den Richter die Hauptobliegenheit ein, sämmtlich Erbrachtes selbst zu würdigen und darnach das Urtheil zu fällen. Dieser Pflicht kann er sich nicht dadurch entziehen, daß er die Sache wieder an den früheren Richter zurückgehen läßt. Denn darin eben besteht sein amtlicher Beruf, daß er als ein übergeordneter die Sache wieder in Untersuchung zieht, und zwar ganz, omnem causam, wie sie durch den ergangenen Spruch entschieden wurde, decisam sententia litem, und darüber zu Recht zu erkennen, und ihm ist die Befugniß, sie an den früheren Richter zurückzuweisen, ausdrücklich abgesprochen[1]). Nur mit Zustimmung der Parteien ist es gestattet.

[1]) C. Eos, qui. 6. pr. C. h. t. Dioclet. et Maximia: »Eos, qui de appellatione cognoscent, ac judicabunt, ita judicium suum praebere conveniet, ut intelligant, quod, cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua remittere negotium ad judicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conveniat, cum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit, recursus fieri non possit ad judicem, a quo fuerit provocatum. Quapropter remittendi litigatores ad provincias remotam occasionem atque exclusam penitus intelligant, cum super omni causa interpositam provocationem vel injustam tantum liceat pronuntiare, vel justam.« Der erste Theil ist von Grat. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. in 8. prs. §. 24. in summarischem Inhalte, der zweite aber ganz

21. Bei Gewinnung und Fällung seines Urtheils ist der Richter nicht auf die Anträge des Appellanten beschränkt, sondern seine Entscheidung erstreckt sich auf das ganze frühere Urtheil und sie kann nicht lediglich eine Verbesserung desselben zu Gunsten des Appellanten, sondern auch zu Gunsten des Appellaten, mithin zum Nachtheile, in pejus, des Ersten bewirken, auch wenn sich der Appellat an den Verhandlungen nicht betheiligte. Das ist die Lehre des kanonischen Rechtes im Gegensatze zu dem Gebrauche des deutschen Prozesses, in welchem die Ansicht vorherrscht, eine Aenderung des früheren Urtheiles zum Nachtheile des Appellanten, in pejus, sei nur auf Anrufen des Appellaten zulässig[1]. Diese Ansicht ist aber selbst nach römischem Rechte unhaltbar[2]).

Diese Ansicht widerstreitet unleugbar dem oben[3]) vorgelegten Inhalte der Justinianischen Constitution Ampliorem. Die praktische Auffassung in dem dort entwickelten Sinne bezeugt auch die Glosse, indem sie den Inhalt dahin angibt, daß wenn gegen einen Antheil appellirt, wegen der Gemeinschaft der Berufung aber das Ganze in Untersuchung gezogen werde[4]). Sie beschränkt also weder die Gemeinschaft, noch auch die Untersuchung auf die speziellen Punkte der eingelegten Berufung, sondern bezieht beide auf das Ganze. Sie erläutert ferner die Lehre so[5]): »Olim si aliquis appellabat, appellator solus habebat commodum de appellatione, non adversarius; verbi gratia: conveni Titium in XL. judex condemnavit eum in XXX; si Titius appellabat, judex appellationis, ut ei videbatur, ferebat sententiam pro appellante, non pro me. Dicit imperator quod ego debeo supportare commodum de appellatione: quia, si Titius dicat, se injuste condemnatum in XXX, ego possum dicere, quod debet condemnari in XL, et judex appellationis poterit ferre sententiam pro me, si vide-

aufgenommen. C. Accepta. 45. X. h. t.: »... non debet ad eos causa remitti, nisi partes consenserint, a quibus noscitur appellatum.«

1) Thib. lehrt a. a. O. §. 1251: Der Appellat habe durch seine accessorische Adhäsion die Befugniß, „über dieselben Punkte, worüber der Appellant sich beschwert hat, gleichfalls Beschwerden aufzustellen, auf welche dann der Richter, aber in der Regel nur aufgerufen, überall Rücksicht nehmen müsse.“

2) Linde sagt, Lehrb. des deut. gem. CP. §. 358: „Die Abänderung zum Nachtheile (in pejus) des das Rechtsmittel einwendenden Theiles ist rechtlich unbedingt möglich. Doktrin und Rechtspflege stellen gleichwohl andere Grundsätze auf, indem sie diese Gemeinschaft beschränken.“

3) §. 18.

4) Ueberschrift zu c. Ampliorem. 39. C. h. t.: »Appellatur a tanto et discutitur de toto, quia appellatio est communis etiam parti, quae non appellavit.«

5) v. ampliorem. in cas.

bitur ei, sive fuerim praesens, sive absens.« Nach ihr besteht also die Aenderung des alten Gerichtsgebrauches darin, daß der Richter auch zum Nachtheile des Appellanten und zum Vortheile des Appellaten, selbst wenn er nicht vor Gericht erschienen wäre, sprechen müsse. Die Sache an sich objektiv betrachtet, ist diese Rechtsauffassung eine allein der Wahrheit und Gerechtigkeit entsprechende, die andere Deutung hingegen eine an sich ungerechte und nur formell und scheinbar gerechtfertigte. Vorausgesetzt, Kläger hätte wirklich 40 zu fordern und die Forderung nachgewiesen, der Verklagte aber wäre dennoch bloß zu 30 verurtheilt worden; so wäre offenbar ein ungerechtes Urtheil ergangen, injuste judicatum. Appellirte dennoch der Schuldner auch gegen die 30, der Gläubiger hingegen appellirte nicht und betheiligte sich nicht einmal an der Beweishandlung; so würde der Oberrichter nach jener Ansicht den Appellanten nicht zu den 40 verurtheilen dürfen, wenn er auch den Irrthum des früheren Richters einsähe und den Beweis der ganzen Schuld in den Vorakten vorfände. So würde der Oberrichter mit Bewußtsein das dem Kläger zugefügte materielle Unrecht bestätigen, ein Verfahren, das sich nicht materiell und nicht formell rechtfertigen läßt. Materiell nicht, weil die Einrichtung der Berufung nicht ein bloß formelles und scheinbares Recht, sondern die Sicherung einer objektiven Gerechtigkeit bezweckt, mithin nicht die Bestimmung haben kann, daß bloß die Anträge und Beschwerden des Appellanten, sondern vielmehr die, daß das frühere Urtheil einer neuen Prüfung unterworfen und objektives Recht in dem Streite hergestellt werden soll. Formell läßt sich das Verfahren nicht rechtfertigen, weil der Appellrichter, wäre er bloß auf die Anträge des Appellanten angewiesen, nicht Richter über den früheren Prozeß und das daraus hervorgegangene Urtheil, sondern über die Beschwerden des Appellanten, also über dessen Verhältniß zu dem Unterrichter und zum Urtheile desselben, und das Recht des Appellaten berührte ihn nicht. Wie aber dieser aus dem Nexus ausgeschieden sei, läßt sich nicht begreifen. Daß er es etwa darum sei, weil er nicht appellirt, oder sich doch nicht an der Beweisführung betheiligt und sein Recht nicht wahrgenommen habe, hat das Gesetz nirgend ausgesprochen, und das ist ja eben die Frage, wenn unserer Justinianischen Constitution eine andere Deutung gegeben wird, als wozu der Wortinhalt nöthigt. Man sucht den Grund anderwärts.

Diesen Grund der Ausscheidung des Appellaten aus dem Streitnexus sucht man in der Aufgabe des Appellrichters, die keine andere sei, als zu untersuchen und zu erkennen: „ob die Appellation gerechtfertigt sei

oder nicht, ob gut oder übel appellirt sei[6])," und verweist auf die oben[7]) besprochene ältere Constitution Eos, qui. von Diocletian und Maximinian, worin es vom Appellrichter heißt: »provocationem vel injustam tantum liceat pronuntiare, vel justam.« Dieser Satz wird mithin als eine gesetzliche Weisung für den Richter aufgefaßt, daß er sich beim Urtheilfällen auf die Berufung zu beschränken habe, und zwar wie sie bei ihm vom Appellanten eingeführt worden ist und mit seinen gestellten Anträgen. Jene Form ist die gewöhnliche für die Bezeichnung der Verwerfung oder der Genehmigung der Berufung[8]); es kommt darauf an, ob sie den eingeschränkten Sinn hat, der Richter habe nur das Begründetsein oder das Nichtbegründetsein der Beschwerde des Appellanten, oder vielmehr den umfassenderen, er habe die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit des ergangenen Urtheils, juste vel injuste judicatum, zu prüfen und darüber zu entscheiden. Die Auffassung in dem eingeschränkten Sinne wird die ausschließlich richtige sein, wenn zwei Voraussetzungen erwiesen sind. Die eine ist die, daß der ausgehobene Satz dem Richter wirklich jene beschränkende Weisung ertheilt hat. Derselbe ist der Nachsatz der zweigliederigen Periode und enthält den Gegensatz zu dem Inhalte des ersten Gliedes, so, daß er das dem Richter allein Erlaubte gegenüber demjenigen hervorhebt, was ihm in dem ersten verboten ist. Logisch darf die Stelle nur in diesem Zusammenhange erklärt werden. Verböte das erste Glied die Beurtheilung des ergangenen Richterspruches und des ganzen Prozesses, so könnte in dem zweiten nur die angegebene beschränkte Erlaubniß gefunden werden, und umgekehrt, wenn das zweite diese Beschränkung ausspricht, so muß das erste jenes Verbot enthalten, oder der zusammengesetzte Satz der Periode ist nicht richtig gedacht. Das erste Glied spricht aber ein ganz anderes Verbot aus: es verbietet dem Richter das Zurückschicken der Sache; der Richter ist nicht befugt, die Berufung zurückzuschicken; sondern nur darüber zu urtheilen. Die Periode schließt indessen noch ein Anderes in sich ein. Sie selbst ist nur eine gedrängte Wiederholung der voraufgehenden, die ebenfalls eine zweigliederige ist und den nämlichen Gegensatz aufstellt, und

---

[6]) Heffter, Instit. des röm. u. deutsch. CP. Bonn 1825. 4. B. Tit. 2 §. 26.

[7]) §. 20.

[8]) So außer vielen andern Stellen in fr. Negotiorum gestor. 24. pr. D. h. t.: »Negotiorum gestor vel tutor ... commodati, appellaverunt, et diu negotium tractum est. Quaesitum est, appellatione eorum injusta pronuntiata, an, quia tardius judicatum sit, usurae . . . debeantur.«

zwar so, daß sie das Verbot im ersten Satze durch die Hinweisung auf den gesetzlichen Beruf des Appellrichters im zweiten begründet. Und dieser gesetzliche Beruf wird darein gesetzt, daß er durch einen eigenen Spruch den ganzen Streit, omnem causam, entscheide. Die Constitution spricht also selbst das Gegentheil von dem aus, was in ihr gesucht wird. — Stünde aber der Satz auch für sich allein da und nicht in dieser Verbindung; so bliebe doch noch nachzuweisen, daß die provocatio justa vel injusta gerade nur das Beschränkte bezeichnet, das bei ihr vorausgesetzt wird. Das würde einerseits erwiesen sein durch den Beweis, daß eine Berufung gegen die Verurtheilung zur Zahlung bloß eines Theiles einer Schuld, um die Freisprechung von der ganzen, aktenmäßig bewiesenen Schuld zu erwirken, gesetzlich noch immer als eine provocatio justa angesehen und richterlich erklärt werden müsse, wofern nur die appellatorischen Förmlichkeiten eingehalten wären. Diesen Beweis wird Niemand versuchen wollen. Andererseits würde die Beschränkung auch erwiesen sein, wenn gezeigt wäre, daß »provocatio justa vel injusta«, nicht gleichbedeutend sei mit »juste vel injuste judicatum«, das heißt, daß der Oberrichter bloß über die Handlung des Appellanten, und nicht über den Prozeß und den gefällten Spruch zu erkennen hätte. Gegen diese Erklärung spricht aber schon zur Genüge die eben besprochene Constitution Eos, qui. Zudem steht in den Pandekten an der Spitze der Lehre über die Berufung der von Ulpian[9]) aufgestellte Begriff: »Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est, qui nesciat: quippe quum iniquitatem judicantium vel imperitiam re corrigat, licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet«. Die Beurtheilung der Handlung des früheren Richters und seines Spruches ist also ihre Aufgabe[10]). Der Umstand, daß der Appellationsrichter nicht „geradezu an die Stelle des vorigen tritt" und nicht „der Substituirte" desselben ist, dürfte hier wenig in das Gewicht fallen. Wie er jenes nicht thut, so ist er dieses nicht; sondern er ist übergeordnet und als solcher handelt er selbstständig und erkennt,

---

9) Fr. Appellandi usus. 1. pr. D. h. t.

10) Fr. Praefecti. 17. D. de minor. (4. 4.): »... quia appellatio quidem iniquitatis sententiae querelam ... continet.« Fr. Cum Titia. 18. D. de accus. (48. 2.): »... adversus quas sententias Titia non provocavit.« C. Si is. 4. C. de liber. caus. (7. 16.): »... si ... de sententia judicis appellasti, an jure lata sit, in auditorio quaeritur.« Daher ist »provocatio justa vel injusta« gleichbedeutend mit »juste vel injuste judicatum,« oder nach Nov. 123. c. 21 pr. mit »judicium recte factum.«

wie ihm das Gesetz vorschreibt, über den an ihn devolvirten Prozeß. Ob er im Falle der Nichtbetheiligung des Appellaten nicht nach der Justinianischen Constitution erkennen müsse, sondern nach der älteren Gerichtspraxis nur die Anträge des Appellanten zu beurtheilen habe, ist durch alle Angaben noch nicht erwiesen; es ergibt sich vielmehr das Gegentheil.

Im kanonischen Rechte sind die Ausdrücke: justa provocatio und male judicatum, injusta provocatio und bene judicatum, ganz gleichbedeutend. Das bezeugt schon das Grundprinzip der appellatorischen Urtheilsfindung nach der Prüfung des ergangenen Spruches und der ganzen Verhandlung. Beim Gebrauche jener Ausdrücke wird nicht gedacht, als beschränke sich das Urtheil des höheren Richters auf einen Ausspruch in einer jener Formen, sondern als schlössen sie selbstverständlich die in jedem einzelnen Falle auszusprechende concrete Bestimmung und genaue Bezeichnung der gebilligten oder verworfenen Theile des geprüften Spruches ein[11]). Und zur Gewinnung seines Urtheils ist der Appellrichter an das ihm Erbrachte in seiner Gesammtheit, nicht nach einseitigen Anträgen, angewiesen und, wie bei jeder Urtheilsfindung nothwendig ist[12]), mit Berücksichtigung der Rechte eines jeden Theiles nach der innern rechtlichen Beschaffenheit des Streites, merita causae, zu erkennen verpflichtet[13]). Das ist aber nicht dann bloß seine Pflicht, wenn der Appellat

---

11) C. Raynutius. 16. X. de testam. (3. 26.): »... sententiam supradicti judicis, videlicet in eo quod dixit .... pronuntiavit injustam et ab ea legitime provocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, ut .... In eo vero, quod ... idem judex censuit retinendum, sententiam confirmavit ejusdem, ita videlicet, quod ...« C. Raynaldus. 18. X. eod: »... pronuntiavit, ... judicem ipsum in eo ... perperam judicasse ... in residuo praefati judicis sententiam confirmavit. Ceterum in eo, quod ... male ipsum pronuntiasse decrevit, quia ... Verum in portione, quam .... confirmavit sententiam ...«

12) B. 1. T. 18. §. 1.

13) Gl. zu c. Ut debitus. 59. X. h. t. v. alioquin: »... Si vero appellatur a sententia diffinitiva, tunc judex debet cognoscere de meritis causae et videre, an bene vel male sit judicatum; et si bene sit judicatum, confirmabit sententiam, vel cassabit, si male judicatum fuit.« Zum Beweise beruft sie sich auf Gratians §. 24. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6. (§. 20. Not. 1.) und auf c. Eos, qui. 6. C. h. t. und sagt von diesen: »in quibus dicitur, quod judex tantum pronuntiare debet, sententiam justam vel injustam;« fügt zugleich bei: »Si vero plura capitula sint in sententia, sive plures articuli, judex pro parte potest confirmare et pro parte cassare et reformare sententiam, secundum quod justum fuerit.« Dasselbe lehrt Durantis lib. 2. part. 3. de appell. §. 10. n. 2.

sich an den Verhandlungen betheiligt, sondern auch dann noch, wenn er es nicht thut [14]).

22. Wird die in Folge der Voruntersuchung angenommene Berufung gegen ein Interlokut [1]) verworfen, so geht die Sache, nach Verurtheilung des Appellanten in die Kosten, an den Unterrichter wieder zur Weiterbeförderung zurück [2]); wird sie als gerechtfertigt erkannt, und ein Urtheil zur Abhülfe gesprochen, so hat der Oberrichter auch in der Hauptsache, causa principalis, zu entscheiden [3]).

Wird eine rechtlich verbotene, jedoch vom Oberrichter angenommene [4]) Berufung gegen ein Endurtheil verworfen, und der ergangene Spruch bestätigt, so wird die Sache an den früheren Richter zur Exekution zurückgewiesen [5]). Denn diesem steht auch dann die Exekution zu. Das Näm-

---

[14]) C. Per tuas. 58. X. h. t.: ». . . poterunt judices delegati, eo, qui convenitur, se per contumaciam absentante, cum eis de meritis causae liquebit, commissum sibi negotium definire.« Die Ueberschrift lautet: »Altera parte contumaciter absente, potest judex appellationis etiam principale negotium definire, si post litem contestatam fuerit appellatum.« Zu c. Bonae memoriae. 3. X. de postul. prael. (1. 5.) lehrt die Glosse v. curavimus: ». . . verius est, quod de tali facto supplere tantum debet, quod est ei notum tanquam judici,« wofür sie den Beweis in unserer c. Ampliorem. 39. pr. findet, und fügt bei: »Invenio, quod quandoque judex supplet, altera parte absente,« wofür sie auf c. Tempora. 2. in f. C. h. t. und auf unsere c. Ampliorem. verweis't. Pirrh. h. t. §. 199. Notand. 4. nimmt Bezug auf Gl. zu c. Ampliorem. 39. C. h. t. v. ampliorem. (§. 20. Not. 5.) und lehrt: »Debet tamen judex, quando procedit contra absentem supplere defectum illius ex officio, inquirendo jura, quae pro ipso sunt, vel respondendo legi contra eum productae.

[1]) §. 13. Not. 9. 10.

[2]) C. Cum in ecclesia. 38. X. h. t.: ». . . alioquin ipsum . . . remittas . . . ejus judicio pariturum.« Gl. v. alioquin. C. Ut debitus. 59. in f. X. eod: ». . . de appellatione cognoscat. Et si minus rationabiliter . . . ad inferiorem remittat et in expensis alteri parti condemnet.«

[3]) C. Ut debitus. 59. in f. X. eod: ». . . condemnet. Alioquin ipse procedat.« Gl. v. Alioquin: »Hic patet, quod si judex appellationis pronuntiat, appellationem tenere, quod per hoc non exspirat ejus officium, sed incipiat postea cognoscere de causa principali . . . Dices, quod hoc locum habet in gravamine ante sententiam . . . si inveniet legitimam appellationem, tunc pronuntiat, legitime appellatum fuisse, et postea procedet super principali.«

[4]) §. 13. Not. 6.

[5]) C. Cum speciali. 61. X. h. t. bezieht sich auf Berufungen dieser Art. Tit. 2. §. 7. Not. 7. Dort heißt es denn: ». . . Sed si appellans in ejus probatione defecerit, ad eum, a quo ipsum malitiose appellasse constiterit, remittatur.« Gl. in cas.

liche tritt auch bei Verwerfung der Berufung gegen andere Endurtheile und deren Bestätigung ein [6]). Ist gegen das Urtheil nicht noch eine Berufung zulässig, so kann sofort zur Vollstreckung geschritten werden, widrigen Falles erst, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist.

23. Hätte der Appellat ebenfalls Berufung eingelegt, so würde das an dem bezeichneten Gange des Verfahrens nichts geändert haben, als daß er dem andern Theile gegenüber ebenfalls die Handlungen des Appellanten hätte setzen müssen; die der Beweisführung insbesondere aber wären neben einander fortgeführt worden bis zum Schlusse und zur Fällung eines gemeinschaftlichen Spruches. Dieses Eintreten hätte ihm keine größere Vortheile geboten, als sein Anschluß beim Beweisverfahren, da ihm diese die Gelegenheit zur Geltendmachung alles dessen angeboten hätte, die er mit der Berufung fand [1]). Die Unterlassung dieses Anschlusses würde ihn allerdings um den Vortheil der Erhärtung seines früheren Beweises und um die Benutzung noch anderer Beweismittel [2]) bringen.

24. Lassen beide Theile die von ihnen eingelegte Berufung in der von ihnen oder von dem Richter für die Einführung anberaumten [1]) oder in der gesetzlich für die Durchführung bestimmten [2]) Frist ruhen; so wird dieselbe unwirksam, als wäre sie nicht eingelegt worden. Der Oberrichter hat weder Pflicht noch Befugniß, in der Sache amtlich thätig zu werden.

Führt der Appellant seine eingeführte Berufung in der gesetzlichen Frist nicht durch, so erlischt sie mit dieser ohne Zuthun des Appellaten. Dieser indessen kann, wenn der Appellant den für die Beweishandlung oder andere, zur Durchführung erforderliche Handlungen festgesetzten Termin nicht einhält, observaverit judicium, seinerseits gerichtlich handeln, litem exercere, und zwar so weit, daß der Richter in der

---

[6]) C. Cum in ecclesia. 38. X. h. t.: »... non ante appellationem admittas, quam tibi constiterit, eam vel a gravamine vel injusta condemnatione porrectam: alioquin ipsum ... remittas ... ejus judicio pariturum.« Gl. v. alioquin: »id est, si appellatio non sit legitima, remittitur ad illum, a quo appellavit, ut procedat ... vel quod exsequatur sententiam, quam superior confirmavit. Et sic est hic optimum argumentum, quod judex appellationis, qui confirmat sententiam, quam alius tulit, non debeat ipsam mandare executioni sed primus.«

[1]) §. 18.

[2]) §. 17.

[1]) §. 10.

[2]) §. 9.

Sache entscheidet, ex una parte causam dirimere[3]). So kann denn im ersten Jahre eine Entscheidung erwirkt werden. Einer solchen indessen kann der Appellant entgehen, wenn er geltend macht, daß er die Schuld der Verschleppung nicht trage: »nisi ipse appellator evidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nisum, voluisse litem exercere, per judicem autem stetisse, vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minime valuit[4]).« Dann kann ihm die Frist noch um ein zweites Jahr verlängert werden, mit dessen Ablauf aber der frühere Spruch rechtskräftig wird[5]). Hierbei ist dem Appellaten noch die Begünstigung bewilligt, daß er einen Monat vor Ablauf des zweiten Jahres vor dem Appellrichter gegen die Verschleppung beschwerdeführend auftreten, hoc ipsum accusare et quaerere desertorem, seine Beweisgründe vortragen, suas allegationes deducere in medium, und eine sachgemäße Entscheidung, suscipiat ex jure decretum, erwirken kann. Dabei hat er den Vortheil, daß, nicht nur wenn zu seinen Gunsten, sondern auch wenn gegen ihn erkannt wird, der Appellant die Kosten von der Einführung ab, post appellationis ingressum factas, tragen muß[6]).

25. Mit dem entscheidenden Erkenntnisse ist die eingelegte Berufung beendigt; sie kann auch schon früher, wie jeder Prozeß[1]), durch ausdrücklichen[2]) oder stillschweigenden[3]) Verzicht, durch Vergleich[4]) und dadurch erlöschen, daß der Appellat ohne Erben stirbt[5]), oder das Streitobjekt ganz untergeht[6]).

---

[3]) C. Cum anterioribus. 5. §. 4. C. de temp. et repar. (7. 63.)

[4]) Ibid. Gründe der angegebenen Art sind in Nov. 49. praef. §. 2. mehre aufgezählt.

[5]) C. Cum anterioribus. 5. §. 4. C.: ». . . Tunc etenim aliud ei annale tempus indulgemus, quo effluente et lite minime finem accipiente, cadere eum de appellatorio juvamine disponimus.« Nov. 49. c. 1. Auth. Ei, qui. zu c. Tempora. 2. C. eod. in c. Ei, qui. 41. pr. C. 2. Q. 6.

[6]) Nov. 49. c. 1. Auth. Ei, qui. cit. u. c. Ei, qui. 41. §. 1. C. 2. Q. 6. C. Veniens. 13. X. de renunt. (1. 9.). C. Reprehensibilis. 26. C. Saepe contingit. 44. C. Nicolao. 64. X. h. t.

[1]) B. 2. T. 7. §. 1.

[2]) C. Si quis. 28. C. h. t. C. Ut super. h. t. in 6.

[3]) C. Gratum gerimus. 20. X. de off. jud. del. (1. 29.). C. Cum venisset. 25. X. de test. (2. 20.). C. Sollicitudinem. 54. X. h. t. Hierhin gehört auch die Nichteinhaltung der Fristen.

[4]) Fr. Tale pactum. 40. §. 1. D. de post. (2. 14.)

[5]) Fr. un. pr. D. si pend. app. mors interv. (49. 13.)

[6]) C. Quamvis. 5. C. eod. (7. 66.)

26. Da durch die Devolution die Jurisdiktion über die Berufungssache an den Appellrichter überging, so steht sie ihm auch dann zu, wenn die Parteien nicht zu der eigenen, sondern zu einer andern Diöcese gehören. Er erwirbt sie aber vermöge der allgemeinen Rechtsordnung durch die Berufung [1]) und besitzt sie nicht schon vermöge der ihm amtlich zuständigen, sie kann also auch nicht den Beschränkungen dieser unterliegen. Er kann daher bei der Voruntersuchung dem früheren Richter gegenüber alle Verbote und Befehle erlassen, welche sich dabei als erforderlich herausstellen [2]). In gleicher Weise ist er zu allen Handlungen befugt, welche die Beweisführung nöthig macht [3]). Da er dieses Alles nicht selbst vornehmen muß, so ist es ihm auch nicht benommen, einem Angehörigen jener Diöcese den Auftrag dazu zu ertheilen, ohne ihn jedoch zur Uebernahme zwingen zu können [4]).

Vierter Titel.

Supplikation oder Retraktation.

1. Gegen Endurtheile, die von Richtern ausgingen, über welche höhere Richter nicht gesetzlich übergeordnet sind, kann, auch wenn sie ungerecht sind, keine Berufung ergriffen werden [1]). Dadurch und in so fern sind sie dann inappellabel; doch muß es auch gegen sie ein gesetzliches Mittel geben, den Schutzbedürftigen zu dem durch sie gekränkten Rechte

---

[1]) Gl. zu c. Pastoralis. 11. X. de off. jud. ord. (1. 31.) v. nullam habet.

[2]) §. 13. C. Romana. 3. §§. 3. 5. de appell. in 6. Gl. zu c. Romana. 1. pr. de off. ord. in 6. (1. 31.) in cas.: »... licet archiepiscopus possit inhibere suffraganeis, ne procedant, vel aliquid attentent in causis ad ipsum per appellationem devolutis.«

[3]) §. 19.

[4]) C. Pastoralis. 11. pr. X. de off. jud. ord. et gl. v. nullam habet: »... in causa, quae ad eum per appellationem delata est, habet potestatem, et ita causam ad suam jurisdictionem pertinentem delegat, et ille bene recipit jurisdictionem, si vult illam recipere; sed si non vult illam recipere ... potest mandare episcopo, ut compellat illum recipere commissionem.« Gl. c. Romana. 1. pr. de off. ord. in 6. in cas.: »... quia non tenetur facere inhibitionem personaliter, potest alteri committere.«

[1]) Tit. 2. §. 6.

zu verhelfen. Dieses Mittel ist die an die höchste Auktorität Seitens des Beschwerten gerichtete Bitte, supplicatio, um eine neue Untersuchung, retractatio. Die supplicatio ist im Wesentlichen mit Bitte und Bittgesuch, preces, gleichbedeutend[2]), nur gibt sie zugleich an, daß die Bitte mit dem Gefühle der Demuth im Bewußtsein der eigenen Niedrigkeit vor der Hoheit des Richters vorgetragen wird. Insbesondere aber dient die supplicatio zur Bezeichnung unseres Mittels im Gegensatze zur Berufung[3]) und erscheint so als der technische Ausdruck dafür. Eine Sache gerichtlich verhandeln, heißt auch: causam tractare[4]), mithin heißt »causam retractare« überhaupt, sie einer neuen Untersuchung unterziehen, ex integro agere[5]), oder iterum cognoscere[6]). In dieser allgemeinen Bedeutung wird das Wort auch von den Verhandlungen in der Appell-Instanz gebraucht[7]), wofür auch instaurare[8]) und restaurare[9]) vorkommt. Wo es sich insbesondere von inappellabeln Urtheilen der höchsten Richter handelt, wird retractatio in Gegensatz von appellatio gesetzt, so nämlich, daß gegen solche Urtheile keine appellatio, sondern nur eine retractatio möglich sei[10]). Mithin hat das Wort ebenfalls die ganz

---

[2]) Schon der Titel: »de precibus imperatori offerendis et de quibus rebus supplicare liceat, vel non,« C. (1. 19.) zeigt die Gleichheit der Bedeutung; ferner steht dort in c. Licet. 1. und c. Universis. 6: »preces,« in c. Quoties. 2. C. Si quis. 5. etc. »supplicare,« wie in c. Tum ex litteris. 5. X. de in integr. rest. (1. 41.), dann in c. Nec damnosa. 3. C. l. c.: »postulare,« das auch in c. Tum ex litteris. 5. cit. X. de in. i. r. vorkommt.

[3]) C. un. C. de sent. praef. praetor. (7. 42.): »Litigatoribus in amplissimo praetorianae praefecturae judicio, si contra jus se laesos affirment, non provocandi, sed supplicandi licentiam ministramus.« C. Si quis. 5. C. de prec. imp. off. (1. 19.): »Si quis adversus praefectorum praetorio sententias duxerit supplicandum.«

[4]) C. Si accusatoribus. 4. in f. C. de accus. (9. 2.): » . . . causa . . . apud eundem . . . more judiciorum tractabitur.«

[5]) Fr. Admonendi. 31. D. de jurej. (12. 2.): »Admonendi sumus interdum . . . permitti . . . ex integro causam agere . . . Quod si alias . . . non conceditur eandem causam retractare.«

[6]) C. Ad probandum. 24. X. de sent. et re jud. (2. 27.): » . . . ipsa cassata, de ipsius electione iterum cognoscatis.«

[7]) C. Si cum inter. 2. in f. C. quand. pro. n. est nec. (7. 14.): » . . . nec provocasti . . . rem judicatam retractare non debes.«

[8]) C. Ad solutionem. 5. C. de re jud. (7. 52.). C. Inter monasterium. 20. X. eod. (2. 27.)

[9]) C. Sub specie. 4. C. eod. (7. 52.)

[10]) C. Jam tricesima. 35. C. h. t.: » . . . adversus sententiam praefectorum praetorio appellatio quidem non est, retractatio vero est.« C. Cum

spezielle Bedeutung der Wiederprüfung solcher Urtheile als technische Bezeichnung. Auch im kanonischen Rechte ist es für die speziell bewilligte neue Untersuchung päpstlicher Entscheidungen der technische Ausdruck[11]. Die supplicatio und die retractatio sind also gleichbedeutend als Bezeichnungen des Mittels, die Abänderung solcher Urtheile zu bewirken. Jene ist hergenommen von der Handlung des Gravirten, diese von der Handlung des Richters.

2. Aus dem Gegensatze, in welchem die Retraktation der Berufung gegenüber gestellt wird, und aus der Bedeutung jenes Wortes an sich, die zugleich die Berufung mit ihr gemein hat, ergibt sich, daß hinsichtlich der Urtheile der bezeichneten Art die Retraktation das ist, was die Berufung gegen andere Urtheile ist. Beide haben ferner gleichartige Objekte, ungerechte Urtheile nämlich, die einer neuen Untersuchung unterworfen werden sollen, mit einander gemein. Von der Retraktation sagt uns Justinian[1]: »retractationis jure servando illi, qui se gravatum putaverit.« Da sie aber ein Recht des Gravirten ist, so ist der Antrag darauf Seitens des sie Nachsuchenden nicht eine eigentliche Bitte der Wesenheit, sondern nur der Form nach. Was man als sein Recht nachsucht, darum bittet man nicht, und dessen Gewährung hängt nicht lediglich von der Güte des Gewährenden ab. Die Supplikation ist mithin nicht ein Bitten, sondern ein Ansuchen an die Obrigkeit um Gewährung des Rechtes, und an sich ein wirkliches Rechtsmittel, wie die Berufung. Sie schließt sich nach dem Allen dieser hier am nächsten an.

3. In so fern die hierbei in Betracht kommenden Urtheile nicht gewöhnliche, sondern außergewöhnliche, oder außerordentliche sind, ist auch die Retraktation ein außerordentliches Rechtsmittel, nicht, wie die Berufung, ein ordentliches. Sie ist von dieser außerdem dadurch verschieden, daß sie nicht an bestimmte Formen angewiesen und von Förmlichkeiten abhängig ist. Die Entscheidung geht ferner von der höchsten Auktorität aus[1]. Dennoch hat sie keine Suspensivkraft. Eine solche erhält sie nur unter Bedingungen. Wird die Retraktation in der Appella-

anterioribus. 5. §. 5. C. de temp. et rep. (7. 63.). C. un. C. ne lic. in una. (7. 70.)

[11]) C. Apostolicae. 4. C. 35. Q. 9: »Apostolicae sedis sententia tanta .... gravitate profertur, ut retractatione non egeat.« C. Sententiam. 6.

[1]) Nov. 119. c. 5. in f.

[1]) C. Cum anterioribus. 5. §. 6. C. de temp. et repar. (7. 63.): »Cui consentaneum est, ut et in sententiis omnium amplissimorum praefectorum praetorio ex divino oraculo retractandis eadem observatio ...«

tionsfrist von zehn Tagen bei dem erkennenden Richter schriftlich erbeten, so kann die Exekution des Spruches ausgesetzt werden, und es wird nur dann dazu geschritten, wenn der andere Theil für den Fall eines für ihn nachtheiligen Ausfalles Bürgschaft geleistet hat. Später hat sie jene Wirkung nicht [2]). In der nämlichen Sache endlich kann die Supplikation nur einmal Statt haben [3]).

4. Ein gültig erlassenes Endurtheil kann der nämliche Richter oder sein Nachfolger weder durch Berufung [1]), noch durch Retraktation [2]) abändern. Daher äußert Justinian [3]) über kaiserliche Urtheile: »Sicut enim a nobis per sacrum, sicuti dictum est, judicium disposita aut decisa non egebunt aliorum examinatione aut judicio aut retractatione aliqua, sic nos, quibus Deus sanciendi potestatem donavit, si aliquod judicium in quolibet negotio protulerimus, non alii judici hoc committimus . . . utpote quia a nobis semel judicatum est, quod retractari a nullo valeat, his videlicet tenentibus, quando scripta talis aliqua nostra procedit sententia«. Das Nämliche gilt von päpstlichen Erkenntnissen und von jenen eines allgemeinen Concils. Diesemnach können im kanonischen Prozesse Retraktationen nur gegen Urtheile des Cardinal-Collegiums oder der römischen Rota vorkommen.

Fünfter Titel.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder Rechtsherstellung gegen Urtheile, in integrum restitutio *).

1. Ist ein an sich vielleicht auch ungerechtes, oder doch dafür angesehenes Urtheil durch Gewinnung der Rechtskraft inappellabel geworden,

---

[2]) Nov. 119. c. 5. Auth. Quae supplicatio. C. Si quis. 5. C. de prec. imp. off. (1. 19.)

[3]) C. Si quis. 5. cit. C. eod.

[1]) Tit. 1. §. 2. Not. 3.

[2]) C. Neque suam. 1. C. sent. rescin. non poss. (7. 50.): »Neque suam, neque decessoris sui sententiam quenquam posse retractare, in dubium non venit.«

[3]) Nov. 113. c. 1. pr.

*) D. De in integrum restitutionibus. (4. 1.). — C. De restitutionibus, quae fiunt in judicio in integrum restitutionis. (2. 48.). — X. de in integrum restitutione.

so begründet es für den einen Theil in Civilsachen ein gesetzlich gesichertes Recht, zu dessen Entziehung Niemand befugt sein kann, als in den Fällen, in denen das Gesetz etwa eine Ausnahme als zulässig erklärt hat. In Strafsachen kann nur die höchste Auktorität [1]), oder derjenige, welchem und so weit ihm durch das Gesetz die Befugniß zugetheilt ist, eine Aenderung des Spruches bewirken. Da dieses mit der Lehre vom Strafverfahren zusammenhängt, so bleibt hier nur die Aenderung der Civilurtheile zu erwägen. Und für diese gibt es wirklich feststehende Ausnahmen, und zwar zunächst für Minderjährige, dann auch einige zu Gunsten der Großjährigen.

2. Die für die Minderjährigen bestehenden Ausnahmen sind aus der Begünstigung durch das prätorische Edikt [1]) entsprungen, vermöge welcher sie aus Rücksicht auf die Schwächen dieses Alters, auch wenn sie unter Beistand des Tutors oder Curators gehandelt haben [2]), den besondern Schutz genießen, daß sie, wenn sie dadurch in Schaden gekommen sind, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in integrum restitutio, antragen können. Diese Begünstigung findet nämlich auch auf gerichtliche Handlungen Anwendung [3]), und zwar so, daß, worauf es hier ankommt, Minderjährige auch gegen jedes inappellabele Urtheil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen können. Vermöge dieser Begünstigung kann nicht bloß der ordentliche Richter gegen seinen und seines Amtsvorgängers Spruch [4]), sondern auch derjenige, von welchem übrigens keine Beru-

---

(1. 41.). — De restitutione in integrum. in 6. (1. 21.). — Clement. De restit. in int. (1. 11.)

[1]) Fr. Divi fratres. 27. pr. D. de poen. (48. 19.): »... poena minuta est, vel in integrum restitutio concessa: sed id duntaxat a Principibus fieri potest.«

[1]) Fr. Hoc edictum. 1. D. de minor. (4. 4.).

[2]) Was ohne diesen Beistand, wo er erforderlich ist, geschieht, ist ungiltig. Fr. In causae cognitione. 16. pr. D. eod. C. Si curatorem. 3. C. de i. i. rest. (2. 22.). Fr. Contra pupillum. 54. D. de re jud. (42. 1.)

[3]) Fr. Ait Praetor. 7. §. 4. D. de minor. (4. 4.): »Sed et in judiciis subvenitur, sive, dum agit, sive, dum convenitur, captus sit.« Fr. Inter minores. 8. D. de i. i. rest. (4. 1.). C. Minoribus. 2. C. de tutor. vel cur. interv. (2. 25.): »Minoribus annis 25 etiam in his, quae praesentibus tutoribus vel curatoribus in judicio vel extra judicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit.« C. Cum et minores. 4. C. si adv. rem jud. (2. 27.)

[4]) Fr. Praeses. 42. D. de minor. (4. 4.): »Praeses provinciae minorem in integrum restituere potest etiam contra suam vel decessoris sui sententiam.«

fung zulässig ist[5]), die Restitution verfügen, und sie wird, selbst wenn der Spruch von der höchsten Auktorität ausgegangen ist[6]), bewilligt. Gegen alle Urtheile ferner, die auch schon in Rechtskraft übergegangen sind[7]), sogar gegen die begonnene oder bereits vollzogene Exekution eines Judikates[8]) kann sie ertheilt werden.

3. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, als richterliche Handlung, die richterliche Erklärung der Aufhebung des Spruches und seiner Folgen[1]), und objektiv als Rechtszustand ist sie das Rechtsverhältniß des Aufgehobenseins des Spruches, als wäre er nicht ergangen[2]). Zur Abkürzung der Bezeichnung mag sie Rechtsherstellung genannt werden. Eine Folge von ihr ist die durch sie möglich gewordene neue Untersuchung, die Retraktation[3]), examinare, in melius reformare[4]). Die Rechtsherstellung ist also eine erhebliche Rechtswohlthat, beneficium. Da der Beweggrund ihrer gesetzlichen Anordnung die Schwäche[5])

---

[5]) Fr. Praefecti. 17. D. eod: »Praefecti etiam praetorio ex sua sententia in integrum restituere possunt, quamvis appellari ab his non possit.«

[6]) Fr. Minor autem. 18. §. 1. D. eod: »Sin autem Princeps sententiam dedit, perraro solet permittere restitutionem et induci in auditorium suum eum, qui per infirmitatem aetatis captum se dicat.« C. Tum ex litteris. 5. X. de i. i. rest. (1. 41.)

[7]) Fr. Ait Praetor. 7. §. 11. D. de minor.: »Item si non provocavit intra diem, subvenitur, ut provocet.« Fr. Minor. 8. D. eod: ». . . etiam si quasi contumax condemnatus sit.«

[8]) Fr. Si ex causa. 9. pr. D. eod: »Si ex causa judicati pignora minoris capta sint et distracta, mox restitutus sit adversus sententiam Praesidis, vel Procuratoris Caesaris . . . . illud certum est, pecuniam ex causa judicati solutam ei restituendam.«

[1]) Paul. I. 7. §. 1: »Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio.«

[2]) C. Adolescentiae. 2. in f. C. in quib. caus. rest. necess. (2. 41.): ». . . non redintegratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur.«

[3]) Fr. Collusionem. 2. §. 2. D. de collus. detegen. (40. 16.)

[4]) C. Tum ex litteris. 5. X. de i. i. rest. (1. 41.): ». . . postulavit, . . . dictam sententiam in melius reformari . . . . et nos supplicationem . . . admittere debebamus . . . quia . . . sententia romanae sedis non negatur posse in melius commutari . . . et secundum jura civilia principes etiam contra res bis judicatas in auditorio suo examinari restitutionem in integrum permiserunt . . . . mandamus, quatenus . . . nostro vos conspectui praesentetis, quod dicta sententia retractari non debeat.«

[5]) Fr. Hoc edictum. 1. pr. D. de minor.

des jugendlichen Alters ist, wird sie auch Alterswohlthat, beneficium aetatis [6]), Altersschutz, auxilium aetatis [7]), genannt.

4. Der Grund der jedesmaligen speziellen Bewilligung der Rechtsherstellung ist bei Minderjährigen der durch eine Handlung, hier durch einen Richterspruch, erlittene Schaden, emolumentum amissum, oder Nachtheil, emol. omissum, sei es, daß er durch das unredliche Verhalten eines Andern, oder durch eigene Unbedachtsamkeit entstanden ist [1]), oder auch, daß ihn die Tutoren oder Curatoren verursachten [2]). Als eine solche Unbedachtsamkeit gilt auch der Nichtgebrauch vorhandener, aber übersehener, oder erst später bekannt gewordener Beweismittel [3]). Dieser Schutz wird jedoch weder zur Vertheidigung der eigenen, noch auch zur Verfolgung fremder Delikte gewährt [4]).

5. Der ganz exceptionelle und außerordentliche Schutz der Rechtsherstellung, extraordinarium auxilium [5]), wird jedoch nicht ohne Weiteres, passim, sondern erst nach vorgängiger förmlich gerichtlicher Untersuchung,

---

[6]) Fr. Praeses. 42. D. eod: »... hoc beneficium aetatis consequuntur minores.« C. Minus. 1. C. si adv. rem jud. (2. 27.)

[7]) C. Eo tempore. 2. C. de i. i. rect. (2. 22): »..., soror tua auxilio aetatis juvabatur.«

[1]) Fr. Non omnia. 44. D. de minor: »Non omnia ..., irrita sunt, sed ea tantum, quae, causa cognita, ejusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt, aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverunt.« Fr. Minoribus 6. Fr. Ait Praetor. 7. §. 6. D. eod.

[2]) Fr. Etiam ei. 45. D. eod. C. Etiam in his. 3. C. si tut. vel cur. interv. (2. 25.)

[3]) Fr. Minor. 36. D. de minor: »... omissam allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest.« Fr. Si quis tutor. 60. D de rit. nupt. (23. 2.). Nach fr. Praefecti. 17. D. de minor. u. fr. Ex lege Julia. 3. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.) sind allegationes Beweisgründe. Hierhin gehört auch fr. Minor autem. 18. §. 1. D. de min. zu der Behauptung, der Kaiser bewillige in von ihm entschiedenen Sachen selten neues Gehör, in den Worten: »dum ea, quae pro causa sunt dicta, non allegat, vel ab advocatis proditum queratur.« Er bewilligt also neues Gehör, wofern nicht bereits Vorgetragenes wiederholt, also Neues geltend gemacht, oder wenn über die Unredlichkeit des Advocaten Beschwerde geführt wird. Bartolus faßt die Stelle so auf: »Adversus sententiam Principis non admittitur quis ad petendam restitutionem in integrum, nisi ex causa omissae allegationis, vel praevaricationis advocati.«

[4]) Fr. Auxilium. 37. pr. u. §. 1. D. eod.

[5]) Fr. In causae cognitione. 16. pr. D. eod.

causa cognita, verliehen[2]). Zweck und Gegenstand der Untersuchung wird, außer der Berechtigung[3]) vermöge des Alters, das Bedürfniß, die Begründung und der Umfang sein. Es muß daher nicht bloß ein wirklicher Schaden oder ein Nachtheil, sondern auch die Lage, für welche die Rechtsherstellung eben angeordnet ist, nachgewiesen werden. Ist ein Urtheil ergangen, gegen welches ein, auch jedem Großjährigen zuständiges, sei es ein ordentliches oder ein außerordentliches, Rechtsmittel anwendbar ist, oder das, als gegen einen Minderjährigen ergangen, ungültig ist; so ist die Rechtsherstellung nicht Bedürfniß[4]). Weiter, als das Bedürfniß erheischt, darf denn auch ihr Umfang nicht reichen, daher, wenn eine Berufung ausreicht, nicht auch noch ein Anderes umfassen. Und dabei darf zugleich die gerechte und billige Berücksichtigung Anderer nicht ausgeschlossen werden[5]).

6. Diese Untersuchung kann, in so fern sie eine gerichtliche ist, eine actio im allgemeinen Sinne genannt werden, nicht aber in dem speziellen, in welchem Jemand vermöge eines ihm zuständigen Rechtes einem ihm Verpflichteten gegenüber auftritt und die richterliche Auktorität zur Entscheidung vermöge rechtsprechender Befugniß, ihrer Jurisdiktion im engern Sinne, auffordert, wobei mithin die richterliche Thätigkeit als eine pflichtmäßige Dienstleistung erscheint. Bei ihr wird keine Rechtsforderung an einen Dritten gestellt, oder gegen ihn ein Recht behauptet, auch nicht die richterliche Befugniß zu pflichtmäßiger Rechtsentscheidung zur Wirksamkeit aufgefordert; sondern das richterliche Amt, in so fern es gesetzgebende Befugniß, das Imperium, einschließt[1]), also eine höhere Gewalt ist, wird zu wohlwollender und speziell begünstigender Thätigkeit angerufen, imploratur[2]). Das richterliche Officium, das um die Zuwendung dieser Rechts-

[2]) Fr. Verum. 11. §. 3. D. eod: »Sciendum est autem, non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponantur.« C. Cum scimus. 3. C. ubi et apud quem. (2. 47.): ». . . pro tribunali.«

[3]) Fr. Minor viginti. 32. Fr. De aetate. 42. D. eod.

[4]) Fr. In causae cognitione. 16. pr. D. eod: »In causae cognitione etiam hoc versabitur: num forte alia actio possit competere . . . Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.« C. Cum et minores. 4. C. si adv. rem. jud. (2. 27.)

[5]) Fr. Si ex causa. 9. pr. Fr. In causae cognitione. 13. pr. D. de minor.

[1]) Fr. Quod si minor. 24. §. 5. D. de minor: »Ex hoc edicto nulla propria actio vel causa proficiscitur; totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.«

[2]) Fr. Si in emptionem. 35. D. eod: ». . . implorans i. i. rest. audietur.« Fr. Si judex. 41. Fr. Eum, qui. 46. D. eod.

wohlthat angefleht wird, ist das edle, nobile officium[3]), im Gegensatz zu welchem jenes andere das officium mercenarium genannt zu werden pflegt. Die Verhandlung selbst hat übrigens in wesentlichen Theilen Aehnlichkeit mit jener einer Klage. Da die Rechtsherstellung namentlich gegen ein rechtskräftig gewordenes Urtheil das Recht des Andern berührt[4]), so darf die Untersuchung nicht einseitig und ohne dessen Betheiligung vor sich gehen, sondern er muß dazu vorgeladen nnd dabei anwesend sein, wofern er nicht contumax ist[5]). Dieses contradictorische Verfahren macht auch eine Litiscontestation nothwendig[6]). Vor derselben ist jedoch ein Contumacial-Verfahren nicht erforderlich, sondern die Untersuchung kann nach dreimaliger oder nach einer peremtorischen Vorladung vor sich gehen[7]).

7. Die Rechtsherstellung kann, wie erwähnt, von dem nämlichen ordentlichen, mit Jurisdiktion vermöge eines Amtes ausgerüsteten, Richter, gegen das von ihm erlassene Urtheil, oder auch von einem höheren[1]), jedoch nicht umgekehrt gegen das Urtheil eines höheren von einem niede-

[3]) Inscriptio zu c. Judicis officium. 2. X. de off. jud. (1. 32.): »Cum imploratur officium nobile.«

[4]) C. Judicis officium. 2. X. cit. bezeichnet dies so: »Judicis officium, ubicunque pro actione proponitur, velut cum restitutio in integrum principaliter postulatur, litis contestationem exposcit.«

[5]) Fr. In causae cognitione. 13. pr. in f. D. de minor: ». . . Causa enim cognita et praesentibus vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt.« Fr. Quod si. 26. §. 1. Fr. Etiam, si. 29. §. 2. D. eod.

[6]) Fr. Papinianus. 20. §. 1. D. eod. C. Judicis officium. 2. X. de off. jud. (1. 32.). Not. 4. C. Tum ex litteris. 5. X. de in int. rest. (1. 41.)

[7]) Das röm. Recht fordert nicht mehr. Fr. In causae cognitione. 13. pr. D. de minor. Not. 6. Dazu bemerkt die Glosse v. per contumaciam: »quia tunc pro praesentibus habentur.« Innocenz III. ordnete in c. Tum ex litteris. 5. X de in int. rest. einen Termin peremtorisch an und fügte bei: ». . . pro certo scituri, quod . . . si ad praemissum terminum, quem vobis peremtorium assignamus . . . nos nihilominus in ipso negotio, quantum de jure poterimus, procedamus.« Die Ansicht der Glosse zu c. Judicis officium. 2. X. de off. jud. v. pro actione: ». . . Dicas ergo, quod altera parte absente per contumaciam lite non contestata, non est facienda restitutio, nec sententia super hoc proferenda est, sed debet actor in possessionem mitti rei servandae,« kann jene Bestimmungen nicht aufwiegen. Die Imploratio darf nicht einer Actio gleichgestellt werden. Durand. lib. 2. part. 3. de rest. in int. §. 2. n. 40.

[1]) Fr. In causae cognitione. 10. §. 5. D. de minor: ». . . Etiam Praefectus urbi, quam alii magistratus pro jurisdictione sua restituere in integrum possunt.« C. Cum scimus. 3. C. ubi et apud quem cogn. (2. 47.). C. Causa restitutionis. 9. X. de in int. rest. (1. 41.)

ren [2]) verfügt werden. Ein delegirter Richter kann nur in Beziehung auf Zwischenhandlungen im Prozesse, incidenter, nicht aber nach dem Endurtheile, als womit sein Auftrag aufhört, restituiren, wofern ihn nicht sein Mandat dazu berechtigt [3]).

8. Die Zeit, binnen welcher die Rechtsherstellung der Minderjährigen nachgesucht werden kann und erwirkt sein muß, ist auf vier Jahre beschränkt; sie ist aber eine begünstigende, tempus utile, und fängt erst mit dem sechsundzwanzigsten an zu laufen [1]). Wird diese Zeit durch den unvermeidlichen Verlauf der anhängig gemachten Untersuchung, etwa durch eine von dem Gegner eingelegte Berufung, überschritten, so schadet es dem Restituenden nicht [2]).

9. An sich ist die Rechtsherstellung zwar eine Wohlthat, doch aber eine gesetzlich jedem Minderjährigen zugesicherte, die ihm der persönliche Wille des Richters nicht entziehen darf [1]) und gegen deren Verweigerung Berufung schützt [2]). In einer und der nämlichen Sache kann sie jedoch nur einmal nachgesucht, und kann das Gesuch nur dann wiederholt werden, wenn neue Beweismittel zu Gebote stehen [3]).

10. Diese Wohlthat der Minderjährigen genießt auch die Kirche bei Prozessen [1]). Unter der Bezeichnung Kirche aber werden alle kirchliche Anstalten verstanden, welche persönliche Rechte genießen [2]). Der

[2]) Fr. Minor autem. 18. pr. D. de minor: »Minor autem magistratus contra sententiam majoris non restituet.« Fr. un. §. 2. D. de off. Praef. praet. (1. 11.). C. Si quid. 1. C. ubi et ap. quem. (2. 47.). C. Adversus. 3. C. si adv. rem jud. (2: 27.)

[3]) Fr. Minor autem. 18. §. 4. D. de minor. und die Not. 1. angeführten Stellen.

[1]) C. Supervacuam. 7. C. de temp. i. i. rest. (2. 53.): » . . . ad interponendam contestationem finiendamque litem.« Gl. zu c. Ecclesia. 1. de rest. i. i. in 6. (1. 21.) v. quadriennii spatium.

[2]) Fr. Intra utile. 39. pr. D. de minor.

[1]) Fr. Illud. 25. §. 1. D. eod· »Si talis interveniat juvenis, cui praestanda sit restitutio, ipso postulante, praestari debet.«

[2]) Fr. Aemilius. 38. D. eod. C. Si post sententiam. 1. C. si saep. i. i. rest. pet. (2. 44.)

[3]) C. Quanquam. 2. C. In una. 3. C. eod. C. Beneficio. 10. X. de i. i. r. (1. 41.)

[1]) C. Auditis. 3. X. de i. i. r.: » . . . attendentes, quod utraque ecclesia fungatur jure minoris . . . utramque restituimus contra reliquam ad probandam rationem omissam.« C. Suscitata. 6. C. Coram. 7. X. eod.

[2]) Als solche werden in c. Sancimus. 22. C. Ut inter. 23. C. de sacros. eccles. (1. 2.), und in c. Omnia privilegia. 35. C. de episc. (1. 3.)

Kirche läuft die vierjährige Zeit vom Tage des Spruches zum Nachsuchen, doch nicht zugleich zur Bewilligung, und, wenn er auf einem gerichtlichen Geständnisse beruht, vom Tage desselben ab [3]). Wird die Frist versäumt, so kann das Restitutions-Gesuch nicht angenommen werden, wenn nicht ein offenbarer Betrug erwiesen wird, oder ein vernünftiger Grund zur Bewilligung der Wohlthat obwaltet [4]).

Auch der Staat genießt die nämliche Wohlthat [5]), doch ist für ihn die Frist auf drei Jahre beschränkt, wenn nicht eine Prävarikation oder ein offenbarer Betrug, manifesta fraus, erweislich ist [6]).

11. Die Lehre von der Rechtsherstellung der Großjährigen enthält, wie die zu Gunsten der Minderjährigen, nur eine Anwendung des Prätorischen Ediktes wegen Benachtheiligungen in gewöhnlichen Rechtsgeschäften auf rechtskräftig gewordene Urtheile. Dabei kommt es vor Allem auf die Berechtigung zur Imploration, mithin auf die gesetzlichen Gründe dafür, an. Ulpian äußert darüber [1]): »sub hoc titulo multifariam Praetor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit: sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem.« Paulus fügt [2]) noch diese bei: »Sive per status mutationem, aut justum errorem.« Ihnen schließt sich noch als

genannt: ecclesiae, monasteria, orphanotrophia, xenodochia; in c. Cum venissent. 2. C. Auditis. 3. C. Suscitata. 6. X. de i. i. rest. stand ein Kloster einem Bischofe als Vertreter seiner Diöcese, in c. Tum ex litteris. 5. X. eod. eine Diöcese einer andern, in c. Coram felicis. 7. ein Erzbischof einem andern wegen ihrer Diöcesen, und in c. Significante. 69. X. h. t. ein Bischof seinem Kapitel gegenüber.

3) C. Si adversus. 2. de i. i. r. in 6. (1. 21.): ». . . ab ipsius confessionis tempore computandum.« Gl. zu c. Ecclesia. 1. eod. in 6 v. ecclesia: »quae fungitur jure minoris.« Clem. un. eod. (1. 11.): ». . . et causa finiri debet intra quadriennium continuum a tempore laesionis.«

4) C. Ecclesia. 1. eod. in 6: ». . . nisi praevaricationis vel fraudis manifestae probetur super hoc intervenisse commentum, aut alia rationabilis causa, quae superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum.« C. Si adversus. 2. eod. in 6: ». . . nisi aliud rationabile appareat, quod aliud suaserit faciendum.«

5) C. Respublica. 4. C. quib. ex caus. maj. (2. 54.). Fr. Imperatores. 35. D. de re jud. (42. 1.)

6) C. un. C. de sent. adv. fisc. lat. (10. 9)

1) Fr. Utilitas. 1. D. de i. i. rest. (4. 1.). D. ex quib. caus. majores. (4. 6.). C. eod. (2. 54.)

2) Fr. Sive per status. 2 D. eod.

sechster an die alienatio judicii mutandi causa[3]). Die lapsi und circumscripti machen keine besondere Art aus, sondern sind in übersichtlicher Klassifikation alle diejenigen, die durch ein eigenes Versehen[4]) oder durch Anderer Betrug in Schaden oder Nachtheil gekommen sind. Das Alter beschränkt sich auf die Minderjährigkeit, die schon besprochen ist, die alienatio judicii mutandi causa fällt mit dem Betruge zusammen[5]), und die status mutatio war die Aenderung des Familien-Status, die mit dem Aufhören der väterlichen Gewalt[6]) jetzt nicht mehr in Betracht kommt. Die wichtigern sind Abwesenheit und Betrug, mit welchem sich die beiden andern oft verbinden können. Sie bedürfen hier einer speziellen Erörterung.

12. Abwesend ist überhaupt schon, wer den gerichtlichen Verhandlungen nicht beiwohnt[1]), hier aber ist Abwesenheit insbesondere die räumliche Entfernung, die ihn an der Betheiligung hindert[2]). Seine Abwesenheit an sich ist aber nicht der eigentliche Grund der Zulässigkeit seiner Rechtsherstellung, sondern vielmehr der Umstand, daß er sein Recht nicht vertheidigen konnte[3]), so, daß der Mangel der Vertheidigung der nähere und die Abwesenheit der entferntere Grund ist. Es kommen also zwei mit einander in Verbindung getretene Thatumstände in Betracht: die Abwesenheit und die dadurch unterbliebene Vertheidigung.

Die Abwesenheit nun muß eine rechtmäßige, das heißt, eine solche sein, die vom Gesetze als eine entschuldigende anerkannt ist. Das Edikt bestimmt hierüber[4]): »Si cujus quid de bonis, cum metu, aut sine

[3]) D. de alienatione judicii mutandi causa. (4. 7.)

[4]) Cic. de off. I. 6. §. 18: ». . . labi autem, errare, nescire, decipi, et malum et turpe ducimus.« Fr. Qua quisque. 1. §. 5. D. de edend. (2. 13.): »Eis, qui ob aetatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt.« Fr. Mandatum. 57. D. mand. (17. 1.): ». . . quoniam tamen haeredes ejus errore lapsi.«

[5]) Fr. Omnibus. 1. pr. D. de alien. jud. m. c.: ». . . ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit.« C. Exquorundam. 1. X. eod. (1. 42.)

[6]) Thib. Syst. des PR §. 496.

[1]) Fr. Non tantum. 51. §. 5. D. de fidecom. libert. (40. 5.): »Abesse autem is intelligitur, qui a tribunali abest.«

[2]) Fr. Absentia. 140. D. de R. J. (50. 17.): »Absentia ejus, qui reipublicae causa abest, neque ei, neque alii, damnosa esse debet.«

[3]) Fr. Hujus edicti. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maj. (4. 6.): ». . . cum absens non defenderetur.« Fr. Item ait. 21. §. 2. D. eod: ». . . qui absentes non defendebantur.«

[4]) Fr. Hujus edicti. 1. §. 1. D. eod.

dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset, sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur.« Es fährt fort: »Item, si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, quod absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur.« Die Abwesenheit ist also gerechtfertigt durch die Furcht vor Gefahr oder einem großen Uebel an dem Orte des Gerichtes[5]), durch wirkliche Beschäftigung in öffentlichen Angelegenheiten, wodurch sie eine unvermeidliche ist[6]), ferner durch Unfreiheit in Folge von Kettenstrafe oder von feindlicher Knechtschaft oder Gefangenschaft.

Eine, der Abwesenheit in öffentlichen Geschäften analoge und gerechtfertigte ist die in Geschäften und im Auftrage einer Stadt[7]), die zur Vornahme gerichtlicher Handlungen[8]), und die im Kriegsdienste[9]). Wie ferner durch Ketten und Kriegsgefangenschaft, so kann die Abwesenheit auch verursacht werden durch öffentliche oder militärische oder Privathaft, custodia, durch Gefangenschaft unter Räubern[10]), eben so durch einen

---

[5]) Fr. Metus autem. 3. D. eod. C. Accedens. 4. X. ut lite non contest. (2. 6). C. Ex parte. 47. X. h. t.

[6]) Fr. Item si. 4. D. eod. C. Si propter. 1. C. eod. (2. 54.): »Si propter officium legationis ad me bona fide factae absens et indefensus condemnatus es, instaurationem judicii jure desideras, ut ex integro defensionibus tuis utaris.«

[7]) Fr. Sed et si. 26. §. 9. D. eod: ». . . legatione quis pro civitate functus est.« C. Si propter. 1. C. eod. Not. 6.

[8]) Fr. Sed et si. 26. §. 9. D. eod: ». . . et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia vel in urbem, vel ad Principem . . . Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum.«

[9]) Fr. Milites. 41. D. eod: »Milites omnes, qui discedere signis sine periculo non possunt, reipublicae causa abesse intelliguntur.«

[10]) Fr. Succurritur. 9. D. eod: ». . . Quod non solum ad eum pertinet, qui publica custodia coërcetur, sed ad eum quoque, qui a latronibus, aut praedonibus, vel potentiore vi oppressus vinculis coercebatur. Vinculorum autem appellatio latius accipitur, nam etiam inclusos, veluti latumiis, vinctorum numero haberi placet: quia nihil interest, parietibus, an compedibus teneatur.« Fr. In eadem causa. 10. D. eod: ». . . qui a militibus statoribusque, vel a municipalibus ministeriis adservantur.« Fr. Nec non et. 28. §. 1. D. eod: »Etiam si quis nec in custodia, nec in vinculis sit, sed sub fidejussoria satisdatione.« C. Sed idcirco. 2. C. eod: ». . . sub custodia militari jussu Praesidis.«

Unfall[11]) oder eine Krankheit[12]). Auf die physische Beschaffenheit des Hindernisses an sich kommt es also nicht an, sondern darauf, daß die Abwesenheit durch die Lage der persönlichen Unfreiheit verursacht worden ist. Die Hindernisse der letzten Art sind physische, zu denen auch die Furcht zu zählen ist, weil die gefürchteten Uebel physische sind, die der andern Art sind immer Verhältnisse von Rechtspflichten. In Beziehung auf beide Arten schließt das Edikt[13]): »Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta Principum, licebit.« Hierzu bemerkt Ulpian[14]): »Haec clausula edicto inserta est necessario: multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt: ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum«, und schließt seine Erläuterung mit der Regel: »Et generaliter quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum.« An einer andern Stelle lehrt er[15]): »Nec non et si quis de causa probabili abfuerit deliberare debet Praetor, an ei subveniri debeat, puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto, ne decipiatur per justissimam absentiae causam.« - In Betreff der Folgen der nicht beachteten Solemnien insbesondere gab der Kaiser Antoninus diese Entscheidung[16]): »Etsi nihil facile mutandum est in solemnibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.«

13. Ueberlistung und Betrug, calliditas, dolus, fraus, ist jedes betrügerische Handeln zur Erwirkung des nachtheiligen Spruches, von wem es auch ausgehen mag. Der betrügerische Einfluß kann aber auf die gerichtlich handelnden Personen oder auf die Beweismittel ausgeübt werden. Wie ein solcher möglich sei, kann hier aber nur angedeutet, nicht erschöpfend gezeigt werden.

[11]) Fr. Hujus edicti. 1. pr. D. eod: ». . . per id tempus, quo quis . . . adverso casu laborabat.«

[12]) Fr. Si Praetor. 75. D. de jud. (5. 1.): ». . . Si autem morbo impeditus, aut reipublicae causa avocatus.« C. Querelam. 2. X. de procurat. (1. 38.): ». . . infirmitate detentus.«

[13]) Fr. Hujus edicti. 1. §. 1. D. e. q. c. maj.

[14]) Fr. Sed et si. 26. §. 9. D. eod. Cfr. C. Cum non. 10. C. quom. et quand. jud. (7. 43.)

[15]) Fr. Nec non et. 28. pr. D. e. q. c. maj.

[16]) Fr. Divus Antoninus. 7. pr. D. de i. i. r.

Die Einwirkung auf den Richter durch Bestechung würde das Urtheil ungültig machen [1]), und keine Rechtsherstellung, wie keine Berufung veranlassen. Ihr ist die durch Einschüchterung vermöge Gewalt oder Drohungen nicht gleich zu stellen; sie wäre eine betrügerische und würde Rechtsherstellung begründen.

Ein Betrug mit der nämlichen Folge würde die Verführung des Advokaten zur treulosen Behandlung der Sache, praevaricatio, sein. Er würde als Delikt verfolgt werden können und zu einer neuen Untersuchung führen [2]).

Auf die Beweismittel kann der Betrug dadurch ausgeübt werden, daß die vorhandenen unbrauchbar gemacht oder gefälscht, oder daß neue durch Fälschung verschafft werden. Wer aber die dem Gegner vortheilhaften Zeugen durch Gewaltanwendung oder List von der Ablegung des Zeugnisses abhält, oder sie verleitet, nicht der Wahrheit gemäß zu zeugen, handelt eben so betrügerisch, wie derjenige, welcher dem Gegner die Urkunden vorenthält, vernichtet oder verfälscht [3]). Das darauf erfolgte Urtheil ist also nur die Wirkung des Betruges, sei es nun des Gegners oder eines Dritten, und kann nicht gesetzlichen Schutz finden, sobald die betrügerische Grundlage offen gelegt ist. Das auf den Grund falscher Zeugen oder Urkunden ergangene Urtheil kann ebenfalls nicht gesetzlich geschützt werden. Dagegen spricht ein doppelter Grund: der privatrechtliche Betrug und das Verbrechen des Falsi, wovon der erste die Rechtsherstellung begründet, und der andere durch Accusation verfolgt werden

[1]) C. Venales. 7. C. quand. prov. non est nec. (7. 64.)

[2]) C. Si patronum. 1. C. de adv. divers. jud. (2. 7.)

[3]) Fr. Metum autem. 9. §. 3. D. quod met. caus. (4. 2.). Fr. Si quis tabulas. 35. D. de dol. mal. (4. 3.). C. Pervenit. 4. X. de test. cog. (2. 21.)

[4]) Fr. Divus Hadrianus. 33. D. de re jud. (42. 1.): »... rescripsit ... si tibi probaverit, conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica, et si qua a judice tam malo exemplo circumscripto judicata sunt, in integrum restitue.« C. Sicut nobis. 9. X. de test. (2. 20.): »... si ... possit ... corruptionis veritas comprobari ... est sententia revocanda.« — C. Et qui non. 2. C. si ex fals. instr. (7. 58.): »Et qui non provocaverunt, si instrumentis falsis se victos esse probare possunt, cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiuntur.« C. Falsum quidem. 3. C. eod: »... causa judicati in irritum non devocetur, nisi probare poteris, eum, qui judicaverat, secutum ejus instrumenti fidem.« Fr. Qui adgnitis. 11. D. de except. (44. 1.). C. Sicut falsi. 17. C. ad leg. Corn. de fals. (9. 22.) C. Cum venerabilis. 1. X. de except. (2. 25.): »... cum falsorum instrumentorum praetextu lata sententia usque ad XX. annorum spatium valeat retractari, veritate comperta.«

kann[4]). Der Antrag auf Rechtsherstellung wird in diesen Fällen Beschwerde wegen Fälschung, querela falsi, genannt[5]).

Gegen die Entscheidung auf den Grund des gerichtlich deferirten oder referirten Eides ist eine Rechtsherstellung, auch wenn der Meineid erwiesen ist, nicht zulässig[6]); wohl aber kann sie eintreten, wenn sie auf einen vom Richter auferlegten Eid erging, und zwar auch dann, wenn neue Beweismittel erbracht werden[7]).

Wird der eine Theil durch Täuschung zu einer gerichtlichen Erklärung bestimmt, die eine dem Gegner günstige Entscheidung veranlaßt, so kann der Betrug dagegen geltend gemacht, oder Rechtsherstellung erwirkt werden[8]); wird er von dem Gegner oder einem Dritten betrügerischer Weise zu einer ihm nachtheiligen Unterlassung einer gerichtlichen Handlung vermocht, so steht ihm das nämliche Rechtsmittel zu[9]).

14. Ein ganz anderes Verhältniß ist dasjenige, in welches sich der streitende Theil dadurch versetzt, daß er die sein Recht beurkundenden Beweismittel aus Unkenntniß oder Irrthum oder irgend einem Versehen unbenutzt läßt. Hier ist der Verlust seines Rechtes die Folge seines eigenen Versehens, für das er keinen Schutz erwarten kann. Hieraus begreift sich, daß neue Beweismittel zwar bei der Berufung, doch nicht gegen ein rechtskräftig gewordenes Urtheil, noch gebraucht werden können[1]), und nicht einmal zur Abwehr der Judikats-Einrede[2]).

---

[5]) C. Querela. 12. C. ad leg. Corn. de fals. (9. 22.): »Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione.«

[6]) B. 1. T. 14. §. 8.

[7]) Fr. Admonendi sumus. 31. D. de jurej. (12. 2.)

[8]) Fr. Cum a te. 25. D. de dol. mal. (4. 3.): ». . . falso mihi persuasisti, tanquam eam pecuniam servo meo, aut procuratori solvisses, . . . ex integro agere possum.«

[9]) Fr. Divus Hadrianus. 7. §. 1. D. de i. i. r.: ». . . etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit.« C. Ex litteris. 8. X. eod. Der eine Theil war durch eine falsche Zustellung benachrichtigt worden, der Termin wäre auf acht Tage ausgesetzt.

[1]) Fr. Imperatores. 35. D. de re jud. (42. 1.): ». . . quanquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui minime oporteat.« C. Sub specie. 4. C. eod. (7. 52.): »Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari exemplo grave est.« C. Inter monasterium. 20. in f. X. eod. (2. 27.): ». . . cum . . . lites non debeant instaurari.«

[2]) Fr. Cum de hoc. 27. in f. D. de exc. rei jud. (44. 2.): ». . . perinde ac si quis, postquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset.«

Wer aus Unkenntniß oder aus Unachtsamkeit eine ihm nachtheilige Erklärung gerichtlich abgegeben oder eine gerichtliche Handlung unterlassen hat, kann sein Recht im Laufe der Verhandlungen durch Widerruf oder nach ergangenem Spruche durch Berufung wahren[3]), gegen ein rechtskräftig gewordenes Urtheil aber die Folgen nicht abwehren.

15. Die Verhandlung zur Prüfung der Imploration und zur Beschlußfassung über die Rechtsherstellung ist die nämliche und beruht auf denselben Grundsätzen, wie die der Minderjährigen[1]). Ihr wichtigster Unterschied besteht in den Gründen ihrer Zulässigkeit. Insbesondere geht ihr Ergebniß nicht weiter, als das Bedürfniß. Daher kann die Rechtsherstellung den Abwesenden nicht zuerkannt werden, wenn ein Prokurator bestellt war, weil dieser für die Vertheidigung einstehen muß[2]), und ebenfalls nicht, wenn ein nicht bestellter Vertheidiger, defensor, auftrat und Bürgschaft gestellt hat[3]), da diese ausreicht, oder wenn der Abwesende einen Prokurator bestellen konnte, in welchem Falle sie jedoch, wenn ein Grund dafür obwaltet, bewilligt werden kann[4]). Ein solcher Grund ist die Wichtigkeit der Sache, um deren willen Niemand zur Bestellung eines Prokurators verpflichtet ist[5]). Eine besondere Begünstigung genießen die in öffentlichen Angelegenheiten Abwesenden und diejenigen, die sich in einer gleichen Lage befinden, dadurch, daß ihnen, auch wenn sie durch einen Prokurator vertheidigt worden sind, die Rechtsherstellung in so weit bewilligt wird, daß sie Berufung einlegen dürfen[6]). Bei diesen ist also die Abwesenheit an sich der eigentliche Grund der Wohlthat.

16. Für die Imploration der Rechtsherstellung der Großjährigen

---

[3]) C. Error. 7. C. de jur. et fact. ign. (1. 18.). C. Ex parte. 3. X. de conf. (2. 18.)

[1]) §§. 5. 6. 7. 9.

[2]) Fr. Item ait Praetor. 21. §. 2. D. ex q. c. maj. Fr. Si quidem. 1. §. 15. D. quand. app. sit. (49. 4.)

[3]) Fr. Item ait Praetor. 21. §. 3. Fr. Ergo sciendum. 22. pr. D. ex q. c. maj.

[4]) Fr. Sed et si. 26. §. 1. D. eod: »... non ei ipsi concedam, quia potuit procuratorem relinquere: ex causa tamen puto etiam ipsi succurrendum.« Fr. Papinianus. 20. pr. D. de minor. (4. 4.)

[5]) C. Querelam. 2. X. de procur. (1. 38.). B. 2. T. 4. §. 8. Not. 2.

[6]) Fr. Inter minores. 8. D. de i. i. rest. (4. 1.): »... ei vero, qui reipublicae causa absit, ceteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.« Anderer Ansicht war Paulus fr. Is, qui. 39. D. ex q. c. maj.

war in der älteren Zeit nicht, wie für die Minderjährigen, eine bestimmte gleiche Frist festgesetzt. Justinian beraumte zu Gunsten derjenigen, die in öffentlichen Angelegenheiten oder aus andern gesetzlich anerkannten Gründen abwesend waren, von der Zeit des Aufhörens des Hindernisses ab die nämliche vierjährige Frist zum Nachsuchen und zur Durchführung der Rechtsherstellung fest [1]).

Hier ist die Abwesenheit als eine andauernde und zugleich die Unmöglichkeit der Vertheidigung in Folge der äußern Verhältnisse oder der Unkenntniß von dem nachtheiligen Spruche angenommen. Ist der Verurtheilte nicht mehr abwesend, oder hörte der Grund der Verhinderung auf, und er gewinnt Kenntniß von dem ihm nachtheiligen Spruche, so tritt er zu demselben in ein neues Verhältniß, in welchem ihn das gehobene Hinderniß nicht mehr gegen die Folgen der Versäumniß in Vertheidigung seines Rechtes schützt. Damit hört denn auch die Frist für ihn fortzulaufen auf, und es fragt sich, wie lange er ohne Rechtsnachtheil säumen dürfe. Da es nun eine solche Frist nicht gibt, so folgt, daß er sofort die zur Abwehr nöthigen Schritte thun muß, weil er sonst dem andern Theile und dem Richter gegenüber als mit dem ergangenen Spruche einverstanden könnte angesehen werden [2]).

Durch den Betrug und durch den Irrthum kann ein Spruch ungültig werden, daher die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen zuständig sein; in andern Fällen wird der Spruch widerruflich, wie in Fällen der Abwesenheit. Und in diesen gilt alsdann von der fraglichen Frist das Nämliche, was von der Abwesenheit bemerkt worden ist.

[1]) C. Supervacuam. 7. C. de tempor. i. i. r. (2. 53.): ». . . sancimus, . . . quadriennium continuum tantummodo numerari . . . Quod non solum in minorum restitutionibus, ... sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. §. 1. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio.« — Der erste Theil bezieht sich auf c. Placuit. 2. C. Th. de i. i. r. (2. 16.), wodurch die Zeit je nach den Landestheilen auf 3, 4 oder 5 Jahre angesetzt war.

[2]) C. Ab eo judicato. 3. C. quom. et quand. jud. (7. 43.): »Ab eo judicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si, ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus assensus.«

17. Ist auf den Grund der Untersuchung die Rechtsherstellung erkannt, so folgt die neue Prüfung des bekämpften Spruches. Diese neue Prüfung kann ihrer Form nach keine andere, als die der Berufung sein, und, wie diese, in so fern sie eine wiederholte ist, eine retractatio genannt werden. Dazu kommt, daß beide einen gleichartigen Gegenstand, ein ungerechtes Urtheil, haben: und dennoch kann die erste nicht Berufung, wie die zweite nicht Rechtsherstellung oder auch nur Retraktion genannt werden. Da das Verfahren bei der Rechtsherstellung ein zusammengesetztes ist, so wäre die Bezeichnung desselben als Retraktion eine einseitige und würde zur Verwechselung mit dem Verfahren gegen Urtheile, die ihres Ursprunges wegen inappellabel sind, führen, das seinem Wesen nach eher eine Art von Berufung ist. Richtiger wäre, unser Verfahren eine Rechtsherstellung gegen Urtheile zu nennen.

Sechster Titel.

Nichtigkeitsbeschwerde, querela nullitatis.

1. Nichtige Zwischenurtheile kann der nämliche Richter, wie ungerechte, abändern[1]), eben so nichtige Endurtheile, ungerechte aber nicht, wie es auch sein Amtsnachfolger nicht kann[2]). Ein ungültiges Urtheil hat keinerlei Rechtswirkung, erzeugt also für keinen Theil ein Recht, kann mithin ohne Bedenken, sobald die Ungültigkeit nachgewiesen ist, von dem nämlichen Richter aufgehoben oder verbessert werden[3]). So kann der abgewiesene Kläger sowohl, als der verurtheilte Verklagte, ohne Berufung an einen andern Richter sein Recht noch schützen[4]). Außer-

[1]) Fr. Quod jussit. 14. D. de re jud. (41. 1.). T. 1. §. 2. Not. 3.

[2]) Tit. 1. §. 2. Not. 3. Von einem delegirten Richter gilt das nicht: »semel enim male seu bene officio functus est.« Fr. Judex. 55. D. de re jud. (42. 1.). C. Ex litteris. 9. X. de off. jud. del. (1. 29.)

[3]) Fr. Si expressim. 19. D. h. t. (49. 1.). B. 1. T. 18. §. 6. Not. 4. C. Non videtur. 1. C. de sent. et interl. (7. 45.). Hier heißt es von einem ungültigen Endurtheile: »Potes igitur, ut re integra, de causa cognoscere.« C. Cum non eo die. 6. C. Quand. prov. n. e. nec. (7. 64.). C. Si accusatoribus. 4. C. de accus. (9. 2.)

[4]) C. Latam sententiam. 1. C. quand. prov. non e. nec. (7. 64.) »Latam sententiam . . . . contra res prius judicatas . . . Cujus rei probationem si

dem kann der Verurtheilte die Einrede der Ungültigkeit auch gegen die Judikatsklage, oder gegen die Exekution noch geltend machen [5]). Beides setzt aber eine offenbare, aperta [6]), oder eine leicht und sofort erweisliche [7]) Nichtigkeit voraus. Nach römischem Rechte gab es gegen nichtige Urtheile keine andere Abhülfe, als die durch Berufung [8]). Das eigene Rechtsmittel gegen sie, die Nichtigkeitsbeschwerde, querela nullitatis [9]), ist kanonischen Ursprunges.

2. Schon im dreizehnten Jahrhundert bezeugt Durantis ihren Gebrauch vor den Gerichten [1]), und nennt sie eine actio. Vor ihm setzte die Glosse diesen Gebrauch voraus, indem sie zu einer Stelle Gregor's I. vom Jahre 593 lehrte, ein ungültiger Spruch könnte auch ohne Berufung aufgehoben werden, rescindi [2]). Die Stelle selbst, wie sie im Auszuge in den Dekretalen aufgenommen ist, enthält nicht, was die Glosse darin gefunden hat; sie sagt nur, ein gegen die Gesetze und die Kanones ergangener Spruch könne, auch wenn er nicht durch Berufung suspendirt werde, von Rechts wegen nicht bestehen, subsistere ipso jure, und gibt nicht an, daß man sich dagegen durch eine Beschwerde sichern könne, und aus dem Originale ergibt sich, daß der beschwerende Spruch zwar als ein ungültiger kassirt worden ist, diese Entscheidung aber durch eine Berufung hervorgerufen war [3]). Die Glosse erklärte den Satz nach der

promptam habetis, etiam citra provocationis adminiculum, quod ita pronuntiatum est, sententiae auctoritatem non obtinebit.«

[5]) Gl. zu c. Sententia. 1. X. de sent. et re jud. (2. 27.) v. contra leges: »... per exceptionem poterat irritari.« Durand. lib. 2. part. 3. de sent. §. 9. n. 1: »septimo, quando ... iterum de causa cognoscitur ... etiam si non sit executioni mandata, excipitur contra eam.«

[6]) Fr. Si constet. 12. in f. D. h. t.: »...appellatio in re aperta supervacanea est.«

[7]) Not. 4.

[8]) Fr. Si expressim. 19. D. h. t. C. Dilecto filio. 63. X. h. t.

[9]) T. 1. §. 3.

[1]) Durantis, † 1296, sagt davon a. a. O. §. 8. n. 27: »Numquid ergo ex parte condemnati admittitur talis libellus: peto talem sententiam contra me latam nullam pronuntiari? Et videtur, quod non, cum sit tutus exceptione perpetua... Argum. contra, quod non solum habeat exceptionem, sed etiam actionem ... et hoc servatur de facto.«

[2]) Gl. zu c. Sententia. 1. X. de sent. et re jud. (2. 27.) v. contra leges: »... sententia contra leges ... nulla est ipso jure et citra appellationem rescinditur, ut hic patet.«

[3]) Gonzal. Tel. c. 1. X. de sent. et re jud. (2. 27.): »... Postquam autem ex abundanti appellationem tibi constat esse porrectam .... decernimus.

Auffassung ihrer Zeit. Ihre Ansicht war auch schon früher geltendes Recht, so insbesondere unter Innocenz III. Gegen eine ungültige, von päpstlichen Delegirten ergangene Verurtheilung erhob der Bischof von Tour, ohne Berufung einzulegen, in Rom persönlich Beschwerde, lacrimaliter est conquestus[1]), und wies gleichzeitig die Nichtigkeitsgründe so überzeugend nach, daß Innocenz III. am 1. Februar 1200 sofort entschied: »processum supradictorum judicum sententialiter duximus irritandum.«

3. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nach dem Bemerkten bei dem nämlichen oder auch bei dem höheren Richter eingebracht werden und ist nicht durch die Formen der Berufung beengt. Da ein nichtiger Spruch nie rechtskräftig werden kann, so kann auch die Beschwerde dagegen noch immer geltend gemacht werden; doch unterliegt auch sie der Klagenverjährung, oder vielmehr, sie kann keinen Erfolg haben, da die Retraktation des Spruches nicht mehr zulässig ist[1]). Eine natürliche Folge der Unwirksamkeit eines ungültigen Spruches ist, daß derselbe, sobald die Beschwerde eingelegt ist, nicht vor ihrer Erledigung exequirt werden kann. Wer indessen in einer Sache drei Urtheile gegen sich hat, wird erst nach der Exekution mit der Beschwerde zugelassen. Wird sie dann als begründet erfunden, so wird die Exekution widerrufen[2]). Ist nämlich die Nichtigkeit von dem nämlichen Richter anerkannt, so muß selbstredend die Sache wieder untersucht werden, wie denn auch, wenn der höhere Richter den Spruch aufgehoben hat, und so hat in beiden Fällen eine Retraktation statt.

Quod ad praesens attinet, cassatis prius atque ad nihilum redactis praedictae tuae sententiae decretis . . . . decernimus etc.«

[1]) C. In nostra praesentia. 4. de procur. (1. 38.). Kal. Febr. a. IX. Hierhin gehören auch c. Cum dilectis. 15. X. de purg. can. (5. 34.) vom Jahre 1208 und c. Cum contingat. 36. X. de off. et pot. jud. del. (1. 29.) von 1210.

[1]) Durant. a. a. O. n. 30.

[2]) Clem. Ut calumniis. 1. de sent. et re jud. (2. 11.): » . . . ad agendum de nullitate . . . nullatenus admittatur, donec hujusmodi sententiae plenarie fuerint exsequutioni mandatae.« Gl. v. donec: »Facta ergo executione poterit agere, et si obtinebit in causa nullitatis, obtinebit etiam revocationem executionis.«

Siebenter Titel.

Außergerichtliche Berufung, appellatio extrajudicialis, provocatio ad causam.

1. Was die gerichtliche Berufung beim gerichtlichen Verfahren ist, das ist die außergerichtliche in der administrativen Geschäftsführung. Jene bezweckt Abhülfe einer Beschwerde, die durch Ausübung der Jurisdiktion auf gerichtlichem Wege, diese derjenigen, die durch eine jurisdiktionelle Handlung in der Verwaltung veranlaßt worden ist. Beide sind also ordentliche Rechtsmittel gegen Rechtskränkungen durch Handlungen der Jurisdiktion [1]) und sind ihrem Wesen nach nur durch die Gebiete, auf denen diese Handlungen gesetzt werden, verschieden. Davon ist die natürliche Folge, daß die eine in ihrer Form, ihrem Ursprunge entsprechend, eine gerichtliche, die andere eine administrative ist, sodann ferner, daß sie in ihren Formen wesentliche Theile mit einander gemein haben. Hierbei läßt sich zugleich erwarten, daß die gerichtliche, als in ihrer Form die genauere und die Rechtsfindung mehr sichernde, der andern so weit als Muster diente, als die freiere Bewegung auf dem administrativen Gebiete zuließ. Jede ist mithin eine wahre Berufung, appellatio, provocatio, wovon sich die eine durch die freiere Form als außergerichtliche von der andern unterscheidet. Diese wird auch provocatio ad causam genannt; allein ein Unterschied zwischen appellatio und provocatio läßt sich aus den Gesetzesstellen nicht nachweisen. Bei dieser Bezeichnung dachte man sich dem Beschwerten gegenüber nicht den zur Abhülfe angerufenen Richter [2]), sondern den zu einem Prozesse aufgeforderten Gegner [3]), und gab so dem Worte eine andere Bedeutung. Wegen ihrer Gleichartigkeit werden auch beide in den Quellen des römischen Rechtes sowohl, als des kanonischen in den nämlichen Titeln besprochen.

---

[1]) C. Cum sit romana. 5. X. h. t.: » . . . Si post sententiam appellaverit . . . Si vero a gravamine et ante litis ingressum fuerit appellatum, hujusmodi audietur appellans, quoniam sacri canones etiam extra judicium passim appellare permittunt, nec solent hujusmodi dici appellationes, sed provocationes ad causam.«

[2]) Tit. 2. §. 2. Not. 1.

[3]) Gl. zu c. Cum sit romana. 5. X. h. t. v. nec solent: » . . . loquitur de appellationibus, quae fiunt extra judicium ab adversario, ne faciat aliquid in praejudicium appellantis, super eo, pro quo appellat, et tales appellationes quasi provocationes sunt ad causam.«

2. Die außergerichtliche Berufung ist ebenfalls aus dem römischen Rechte mit den Grundsätzen darüber in das kanonische übergegangen. In jenem betraf sie besonders die Bestellung von Tutoren und Curatoren und die Ernennung zu Aemtern in den Municipalstädten. Jene wie diese waren öffentliche Aemter[1]), denen sich Niemand ohne einen gesetzlichen Grund entziehen durfte, worüber denn eine mit Jurisdiktion ausgerüstete Behörde zu erkennen hatte. Wurde die Geltendmachung der erstern nicht anerkannt, so konnte sie durch Berufung versucht werden, die der andern konnte nur durch Berufung geschehen[2]). Eben so können die bei der Besetzung von Kirchenämtern sich ergebenden Beschwerden nur durch eine Berufung erledigt werden, wo sie Gegenstand eines Rechtsstreites geworden sind. Gegenstand einer solchen Berufung können aber nicht allein die Beschwerden wegen bereits erlittener, gravamina illata, sondern auch die wegen befürchteter Rechtskränkungen, grav. futura, werden. Was beim gerichtlichen Verfahren die Interlokutorien sein können, das sind hier die befürchteten Beeinträchtigungen, nur ist die Berufung gegen jene der Abkürzung der Prozesse wegen mit wenigen Ausnahmen untersagt, die im Wege der Verwaltung ist es aber nicht. Wer sich beispielsweise bei Amtsbesetzungen und dazu gehörigen Handlungen für beschwert erachtet[3]), kann Berufung einlegen, und nicht minder jeder Mitberechtigter bei einer Wahl, die mit Uebergehung seiner vorgenommen, oder auch nur im Werke ist[4]). Ein umfangreicheres Gebiet zur Veranlassung solcher Berufungen ist das der Jurisdiktions-Handlungen der kirchlichen Be-

---

1) Fr. Munerum 1. D. de muner. et honor. (50. 4.)

2) Fr. Si quidem 1. § 1. D. quand. appell. (49. 4.): »Si quis tutor datus fuerit, vel a testamento, vel a quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum provocare ... sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, et si fuerit repulsus, tunc demum appellare debet.« § 9. »Alia causa est eorum, qui ad aliquod munus vel honorem vocantur, vel dicunt, se habere excusationem; nam non aliter litigare possunt contra immunitatem suam, quam si appellationem interposuerint.« Fr. Si qui ad munera. 1. D. si tut. v. cur. mag. creat. app. (49. 10.)

3) C. Concertationi 8. h. t. in 6. (2. 15.): »... quisquis ex eis gravatum se reputans, per appellationis beneficium gravamen illatum desideraverit revocari ... appellet.«

4) C. Audita 29. X. h. t. (2. 28.): »... fuit ... appellatum, ne Decanus qui primam in electione vocem habebat, ad electionem procederet sine consensu totius capituli, vel majoris et sanioris partis ipsius.« Clem. Sicut 2. h. t. (2. 12.): »... ubi a futuro gravamine appellatur.«

hörden, die wirklich beeinträchtigen oder doch Besorgniß von Beeinträchtigungen erregen können.

3. Von dieser Berufung gelten die nämlichen Lehren, die von der gerichtlichen vorgetragen worden sind [1]). Sie hat namentlich suspensive Kraft, vermöge welcher in der Sache vor erfolgter Entscheidung nichts mit Gültigkeit und straflos vorgenommen werden kann [2]), nnd bewirkt Devolution, so, daß nur dem Angerufenen die Entscheidung zusteht; zu ihr ist nur der unmittelbar oder mittelbar Beschwerte berechtigt; sie geht an den Vorgesetzten, welcher bei einer Klage der Richter des Beschwerenden sein würde, und setzt, wie erwähnt, nicht lediglich eine schon wirkliche Rechtskränkung, wenn auch eine geringe, voraus, sondern kann auch wegen einer bloß gefürchteten, um so mehr wegen einer angedrohten eingelegt [3]), und sie kann, wenn der Instanzenzug es zuläßt, ebenfalls wiederholt werden. In einzelnen Fällen endlich ist sie ganz unzulässig, und in andern hat sie nur devolutive, nicht suspensive Wirkung.

4. Gegen die Ausführung eines bestehenden Gesetzes [1]) ist eine Berufung eben so unzulässig, wie gegen die Exekution eines rechtskräftigen Urtheils. Zu den Gesetzen gehörten auch die prätorischen Edikte, das stehende Edikt, edictum perpetuum, genannt, diesem aber schlossen sich die polizeilichen Erlasse, edictum aedilium, an [2]), daher gibt es auch gegen polizeiliche, nach dem Gesetze getroffene Anordnungen keine Berufung, wie ebenfalls nicht gegen die zur schleunigen Abhülfe verfügten

[1]) Tit. 2. §§. 3—13.

[2]) C. Consideravimus. 10. X. de elect. (1. 6.): »... quod electio ... post appellationem, per quam ad suum statum omnia debent reduci, facta fuit.« C. Cum nobis. 19. X. eod. C. Dilecto filio. 63. X. h. t.

[3]) C. Cum cessante. 60. X. h. t.: »... sive judex ordinarius ... aliquid comminando vel interloquendo protulit, quo exsequutioni mandato, alter litigantium gravaretur.«

[1]) Fr. Si res dilationem. 7. §. 1. D. de appell. recip. (49. 5.): »Item si ex perpetuo edicto decernatur, id quominus fiat, non permittitur appellare.« C. Consuluit. 29. X. h. t.: »... non convenit, ut pro hujusmodi appellationibus ab observatione decreti debeas abstinere.« Gl. in cas.: »Nota, quod appellationi factae contra leges et canones non est deferendum,« u. v. pro hujusmodi: »... et sic patet, quod appellatio, quae fit contra leges vel canones, non est aliquatenus admittenda.« Es handelte sich um eine Berufung gegen c. Mancipia. 13. D. 54. u. c. Consuluit. 7. X. de Judae. (5. 6.). Die Unzulässigkeit der Berufung gegen eine schiedsrichterliche Entscheidung, fr. Dein proferre. 27. §. 2. D. de recept. qui urb. (4. 8.), ist eine Folge der Eigenheit des Compromisses.

[2]) F. Walter, Gesch. d. r. R. §§. 407. 418.

richterlichen Maßregeln, die Besitzeinweisungen überhaupt und jene in den gestörten Besitz insbesondere [3]).

Entstünde durch die Unterlassung der Ausführung einer obrigkeitlichen Verfügung für den einen Theil ein Schaden, so wäre die suspensive Wirkung der Berufung des andern Theiles wenigstens eine nicht zu billigende Härte. Das sind Fälle, die keinen Aufschub leiden [4]), daher eine Berufung unzulässig machen. Als solche werden angeführt die im öffentlichen Interesse getroffenen Anordnungen, wie Beschaffung von Getreidevorrath für das Militär und die Eröffnung eines Testamentes [5]).

5. In Visitations- und Correktionssachen haben die Berufungen gegen die Verfügungen und Anordnungen des Ordinarius keine suspensive, sondern nur devolutive Wirkung. Die Grundlage der Bestimmungen des Concils von Trient ist die des vierten Lateranensischen General-Concils von 1215. in c. Irrefragabili: 13. X. de off. jud. ordin. (1. 31). welche lautet: »Irrefragabili constitutione sancimus, ut ecclesiarum praelati ad corrigendum subditorum excessus, maxime clericorum, ad reformandos mores prudenter ac diligenter intendant, ne sanguis eorum de suis manibus requiratur. Ut autem correctionis et reformationis officium libere valeant exercere, decernimus, ut exequutionem ipsorum nulla consuetudo, vel appellatio valeat impedire, nisi formam in talibus excesserint observandam.« Diese Bestimmung, die sich zwar auf alle Untergebene, Volk und Geistlichkeit, bezieht, doch auf die Correktion beschränkt, hat das Concil von Trient in zwei Stellen [1]) auf die Vorschriften und Anordnungen bei den Visitationen ebenfalls in Beziehung auf alle Untergebene ausdrücklich ausgedehnt, sie in einer andern auf Visitationen exemter Diöcesen angewendet [2]), und in einer vierten über die Correktion der Geistlichen [3]) auf's neue eingeschärft [4]).

---

[3]) B. 3. T. 2. §§. 1. 7. 3.

[4]) Fr. Si res dilationem. 7. pr. D. de appell. recip.: »Si res dilationem non recipiat, non permittitur appellare.«

[5]) Fr. eod. pr.: ». . . ne vel testamentum aperiatur, . . . ne frumentum in usum militum in annonae subsidia contrahatur.« C. Quisquis. 6. C. quor. app. non rec. (7. 65.), in §. 17. zu c. Ei, qui. 41. C. 2. Q. 6.

[1]) Conc. Trid. sess. 13. c. 1. de ref. Sess. 24. c. 10. de ref.

[2]) Sess. 7. c. 8. de ref.

[3]) Sess. 22. c. 1. de ref.

[4]) Aehnliches gilt von Ordensleuten. C. Ad nostram. 3. X. h. t. C. Relatum est. 7. X. ne cler. vel mon. (3. 50.)

Unter Visitationen werden zunächst die der Diöcesen und der besondern kirchlichen Institute in denselben durch den Ordinarius, den Bischof, verstanden [5]). Ihr Zweck ist die Reinerhaltung der Lehre, die Förderung der guten Sitten, insbesondere die Zurechtweisung der Bösen, endlich in allen andern Dingen die Abhülfe von Unordnung und Vorkehrung zum Ersprießlichen [6]). Alle Maßregeln also, welche um der Sitten willen oder anderer Angelegenheiten wegen getroffen werden, können zum Visitationsgeschäfte gehören, die auf die Sitten bezüglichen aber können auch für sich allein und ohne Verbindung mit einer Visitation Gegenstand des obrigkeitlichen Einschreitens sein. Und gegen diese sind, wie gegen jene, Berufungen ohne suspensive Wirkung gestattet [7]).

Die Visitationen sind kein gerichtliches Institut, sondern eine administrative Einrichtung, mithin ist das ganze dabei einzuhaltende Verfahren seiner Form und seiner Wesenheit nach ein administratives. Die Verhandlungen werden daher, ohne in ihrem Gange, wie die gerichtlichen, beengt zu sein, geführt, wie es der Erreichung des Zweckes am dienlichsten erscheint; wichtiger ist, daß sie im Geiste einer weisen Verwaltung, die auf Aufhebung des angerichteten Schadens und auf Förderung des Guten bedacht ist, nicht mit richterlicher Strenge, gehandhabt werden sollen. Ihr Ergebniß kann daher keine unabänderliche Entscheidung und auch in Strafsachen nie eine eigentlich strafbestimmende, sondern nur eine züchtigende sein [8]). Eine strafbestimmende würde die Grenzen der Visitation überschreiten und nach der Vorschrift des Lateranensischen Concils zu einer Berufung mit suspensiver Wirkung berechtigen [9]).

Das Nämliche gilt mit Recht auch von der Zurechtweisung, da sie

---

[5]) Conc. Trid. sess. 7. c. 8. de ref. Sess. 21. c. 8. de ref.

[6]) Sess. 24. c. 3. de ref.

[7]) Sess. 24. c. 10. de ref.: »Episcopi . . . in omnibus iis, quae ad visitationem ac morum correctionem subditorum suorum spectant, jus et potestatem habeant, etiam tanquam Apostolicae sedis delegati, ea ordinandi, moderandi, puniendi et exequendi, juxta canonicas sanctiones, quae illis ex prudentia sua pro subditorum emendatione ac dioecesis suae utilitate necessaria videbuntur. Nec in his . . . appellatio seu querela, etiam ad sedem Apostolicam, interposita, executionem eorum, quae ab his mandata, decreta aut judicata fuerint, quoquo modo impediat aut suspendat.«

[8]) Gallem. Conc. Trid. sess. 13. c. 1: »Congregatio concilii censuit, non posse episcopum in visitatione imponere poenas ordinarias, sed tantum extraordinarias, quae magis morum emendationem ac correctionem, quam ordinariam delicti vindictam respiciunt.«

[9]) Fagn. c. Irrefragabili. X. de off. ord. n. 8. u. c. Ad nostram. X. h. t. n. 11. Gl. zu c. Irrefragabili. 13. cit. in cas. u. v. appellatio.

ebenfalls nur Besserung und das Gute, nicht eigentliche Strafe, bezweckt. Ihrem Wesen nach ist sie nur heilend, nicht vindikativ. Was von dem rechten Wege abgelenkt ist, soll durch sie wieder auf den rechten gebracht und dadurch dem Guten wieder zugeführt und gebessert werden. Es können daher nur Bußen und andere Zuchtmittel, doch nicht solche zur Anwendung kommen, die wirkliche Strafen sind.

6. Auf diese Berufung sind auch einige Formen der gerichtlichen übertragen worden. Dahin gehört zunächst für die Einlegung die Einhaltung der zehntägigen Frist. Diese läuft von dem Tage der erlangten Kenntniß, nicht von der beschwerenden Handlung bloß, sondern auch von der darin gegebenen Kränkung ab [1]). Nach Ablauf derselben kann die Berufung nicht angenommen werden, wie auch dann nicht, wenn der Beschwerte oder Bedrohte mit der Handlung frei und wissentlich einverstanden ist [2]). Beides schließt einen Verzicht darauf ein. Die Frist wird indessen durch einen rechtmäßigen Einspruch, contradictio debita, oder durch die Bitte um Abhülfe der Beschwerde, petere revocari gravamen, vermittelst anderer Rechtsmittel unterbrochen [3]). Was aber unter diesen beiden Voraussetzungen zu denken sei, ist nicht leicht zu bestimmen.

[1]) C. Concertationi. 8. h. t. in 6: »... statuimus, ut ab electionibus, postulationibus, provisionibus, et quibuslibet extrajudicialibus actibus, in quibus potest appellatio interponi, quisquis ex eis gravatum se reputans, per appellationis beneficium gravamen illatum revocari, intra decem dies, postquam sciverit, si velit, appellet, post decendium vero eidem aditus non pateat appellandi.« Gl. v. sciverit: »... Et intelligo, sciverit, non solum illum actum factum, sed per illum se gravatum. Quid enim si scivi, te electum, et post decem dies scivi, quod prius mihi de illo beneficio Papa providerat? Adhuc intra decem dies a die scientiae provocabo, quia modo scio, me gravatum, et hoc sonat littera.«

[2]) Gl. ibid. v. non consenserit: »Scienter ... nihil enim tam contrarium consensui, sicut error ... et intellige, si assenserit etiam tacite.«

[3]) C. Concertationi. cit.: »... Sed si per contradictionem debitam, vel alia juris remedia petierit revocari gravamen, ei, dummodo medio tempore his non consenserit, lapsus decendii non obsistat.« Gl. v. debitam: »Ut si coram superiore excipiatur, vel cassatio petatur, vel his simile.« Die contradictio ist der gegen die gewußte Handlung oder Beeinträchtigung erhobene Einspruch. Fr. Cum ostendimus. 4. §. 3. D. de fidejuss. (27. 7.): »Fidejussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerunt et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.« Da sie als Bürger schon in einem Pflichtverbande standen, so mußten sie Einspruch erheben. Ihre contradictio war hier eine debita. Fr. Soluto. 2. §. 2. D. sol. matr. (24. 3.): »... est ... rescriptum, filiam, nisi evidenter contradicat, videre consentire patri.« Wer in solchen Fällen als nicht einverstanden gelten will, contradicere

Die contradictio debita steht in der angeführten Stelle den alia juris remedia nebengeordnet, sie ist mithin als ein Rechtsmittel aufzufassen, und zwar gegen die Beeinträchtigung, die durch sie soll abgewehrt werden. Die Randglosse faßt sie als einen einfachen Einspruch dagegen auf und sagt beispielsweise: »si judex extra judicium jubendo vel faciendo me gravat, dicam ei, quod revocet; si nolit, tunc appellabo . . . Item si praecipiat, solvere X, dicam ei, quod hoc revocet, offerendo me juri; si nolit, appellabo.« In so fern eine solche obrigkeitliche beschwerende Auflage als eine durch Schweigen anerkannte betrachtet werden könnte, ist der Einspruch des Beschwerten, der sie abwehren will, für ihn ein nothwendiger, der in dieser Beziehung eine contradictio debita genannt und als ein relatives Rechtsmittel betrachtet werden kann[4]). Unter den andern Rechtsmitteln stellt sich zunächst die Nichtigkeitsbeschwerde, oder wie die angeführte Glosse sie bezeichnet, der Antrag auf Cassation ein. Die Glosse zählt auch eine Einrede dazu, die allerdings unter Umständen in der Berufungsfrist veranlaßt sein könnte, wenn der eine Theil klagbar geworden wäre.

7. Die Einlegung der Berufung geschieht bei der beschwerenden Behörde, und zwar, wie die gegen Interlokutorien[1]), schriftlich und unter Angabe der Gründe[2]). Diese Gründe müssen speziell, nominatim, bezeichnet werden; eine Vorschrift, die sich schon dadurch rechtfertigt, weil die Angabe der Gründe die Behörde zur Beseitigung der Beschwerde bestimmen und so die Fortführung der Berufung entbehrlich machen kann, sodann weil später neue Gründe nicht mehr geltend gemacht werden können.

8. Bei dieser Berufung müssen ebenfalls in der dreißigtägigen Frist die Apostel erbeten und erwirkt werden[1]). In diesen müssen die Gründe der Berufung angegeben werden, wie auch, wenn nur refutatorische oder reverentiale ausgestellt werden, die Gründe, aus welchen das geschehen ist. Die Vorschrift setzt zunächst eine Berufung an den apostolischen Stuhl vor-

debet, ihm ist die contradictio eine debita. Ist das der Sinn des Gesetzes, so gilt für den so Widersprechenden sein Einspruch als eine Unterbrechung. Daraus würde folgen, daß der erhobene Einspruch in anderen Lagen die Unterbrechung nicht bewirkte.

[4]) Das Verhältniß wäre den Not. 3. angegebenen analog.

[1]) T. 3. §. 1.

[2]) C. Cordi nobis. 1. h. t. in 6: ». . . si quis in judicio vel extra super interlocutoria vel gravamine aliquo ad nos duxerit appellandum, causam appellationis in scriptis assignare deproperet.« T. 3. §. 16. Not. 7.

[1]) C. Cordi nobis. 1. h. t. in 6: ». . . petat apostolos, quos ei praecipimus exhiberi, in quibus appellationis causam exprimat et cur appellatio non sit admissa, vel si appellationi forsan ex superioris reverentia sit delatum.«

aus, mithin zugleich eine Beschwerde gegen einen andern kirchlichen Jurisdiktionsbesitzer, sei es nun der Ordinarius oder ein Anderer. In solchen Fällen kann die Unerläßlichkeit der Bitte um die Apostel nicht in Frage kommen. Schon der als nothwendig angegebene Inhalt zeigt, daß durch dieselben dem höheren Richter eine amtliche und zuverlässige Grundlage zur Beurtheilung der Beschwerde geliefert werden soll. Es können indessen, namentlich bei Wahlen, entweder vor dem apostolischen Stuhle oder vor dem Ordinarius Beschwerden von Parteien eingebracht werden, von denen keine Jurisdiktion besitzt, mithin auch keine Apostel auszustellen befugt ist. In Beziehung auf solche Fälle bemerkt die Glosse [2]): »quando extra judicium appellatur, consuevit appellans dicere: et apostolos peto, si sit, qui ipsos dare possit et debeat.« An einer andern Stelle [3]) räth sie jedoch: »Ad id, quod dicitur de apostolis, respondetur, id locum habere, quando in judicio appellatur. Tutum est etiam, cum appellatur extra judicium, puta in electionibus, apostolos petere secundum Franciscum, et ita servatur. Unde dicit appellans: apostolos peto, si sit, qui eos dare possit.« Das wäre jedoch eine zwecklose Handlung und leere Form ohne gesetzlichen Grund.

9. Auch bei der Einführung und Durchführung dieser Berufung kommen die für die gerichtlichen bestehenden Lehren zur Anwendung [1]). Was insbesondere noch die Durchführung angeht, so können, wie schon erwähnt, nur die bei der Einlegung speziell angegebenen Gründe geltend gemacht werden [2]).

Endlich besteht für die Beendigung derselben ebenfalls die Frist von einem Jahre, und zwar der gegen erlittene Beeinträchtigungen vom Tage der Einlegung, der gegen künftige aber von der von denselben erhaltenen Kenntniß ab [3]), wofern nicht ein gesetzliches Hinderniß eine Verlängerung rechtfertigt.

---

[2]) Gl. zu c. Ut super. 4. h. t. in 6. v. ille.

[3]) Gl. zu c. Cordi nobis. 1. eod. in 6. v. vel extra.

[1]) T. 3. §§. 9. 10. C. Cordi nobis. 1. eod. in 6.

[2]) Clem. Appellanti. 5. h. t.: »Appellanti ab interloquutoria vel a gravamine judicis, non licet alias caussas prosequi, quam in appellatione sua nominatim duntaxat expressas.« Gl. ibid. in cas. C. Constitutis. 46. X. h. t.

[3]) Clem. Sicut appellationem. 3. h. t.: »Sicut appellationem judicialem, sic et extrajudicialem intra annum a die interpositionis ipsius, vel a die illati gravaminis, ubi a futuro gravamine appellatur prosequi et finire tenetur appellans. Quod si, justo impedimento cessante, non fecerit, debebit ejus appellatio deserta censeri.«

Uebersicht des Inhaltes.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Erster Titel.

Jurisdiktion.

Zweiter Titel.

Competenz und Gerichtsstand.

Dritter Titel.

Gericht und Instanzen.

Vierter Titel.

Gerichtliche Personen.

Fünfter Titel.

Gerichtliche Handlungen im Allgemeinen. — Zeit und Ort.

Sechster Titel.

Einleitende Gerichtshandlungen. Citation. Exceptionen. Litiscontestation.

Siebenter Titel.

Beweis und Beweismittel.

Achter Titel.

Gerücht. Notorietät.

Neunter Titel.

Geständniß.

Zehnter Titel.

Zeugen.

Eilfter Titel.

Erzwingbarkeit des Zeugnisses.

Zwölfter Titel.

Zeugniß. Form. Inhalt.

Dreizehnter Titel.

Urkundenbeweis.

Vierzehnter Titel.

Beweis durch den Eid.

Fünfzehnter Titel.

Augenschein. Sachverständige.

Sechszehnter Titel.

Vermuthung. Künstlicher Beweis.

Siebenzehnter Titel.

Beweisführung im Allgemeinen. Anticipirter Beweis.

Achtzehnter Titel.

Urtheil. Publikation. Exekution.

Neunzehnter Titel.

Prozeßkosten. Chicane. Contumacia.

Zweites Buch.

Ordentliches Civil-Verfahren.

Einleitende Uebersicht.

Erster Titel.

Einleitende Handlungen nach dem alten römischen Rechte.

Zweiter Titel.

Einleitende Handlungen im neuern Prozesse.

Dritter Titel.

Beweisverfahren.

Vierter Titel.

Klage. Kläger und Verklagter. Vertreter.

Fünfter Titel.

Streitgenossenschaft. Klagenhäufung. Klagenconcurrenz. Intervention.

Sechster Titel.

Contumacial-Verfahren.

Siebenter Titel.

Erlöschung der Instanz. Klagenverjährung.

Drittes Buch.

Ausserordentlicher und summarischer Civil-Prozess.

Erster Titel.

Verfahren.

Zweiter Titel.

Gegenstände des summarischen Verfahrens.

Dritter Titel.

Interdikte. Interdiktverfahren.

Viertes Buch.

Feierliches Straf-Verfahren.

Erster Titel.

Einleitende Uebersicht.

Das feierliche oder das ordentliche accusatorische Verfahren.

Zweiter Titel.

Beschränkungen der Accusationen.

Dritter Titel.

Ankläger.

Vierter Titel.

Accusations-Verfahren. Einleitende Handlungen.

Fünfter Titel.

Hauptverfahren.

Sechster Titel.

Contumacial-Verfahren.

Siebenter Titel.

Erlöschung der Instanz. Niederschlagung der Anklage, abolitio. Erlöschung der Anklagen.

Fünftes Buch.

Das summarische accusatorische, oder Denuntiations-Verfahren. Evangelische Denuntiation. Notorium. Verbindung des römischen mit dem germanischen Verfahren.

Erster Titel.

Summarisches Verfahren nach dem römischen Rechte.

Zweiter Titel.

Summarisches Verfahren im kanonischen Rechte.

Dritter Titel.

Voruntersuchung. General- und Spezial-Inquisition. Reatus.

Vierter Titel.

Die evangelische Denuntiation.

Fünfter Titel.

Verfahren bei Notorium.

Sechster Titel.

Germanisches Strafverfahren.

Siebenter Titel.

Verbindung des germanischen mit dem römischen Verfahren.

Achter Titel.

Purgations- und Infamationsverfahren.

Sechstes Buch.

Das Inquisitions-Verfahren.

Erster Titel.

Einleitung.

Zweiter Titel.

Das Inquisitions-Verfahren.

Dritter Titel.

Rückblick und Schlußbemerkung.

Siebentes Buch.

Von den Rechtsmitteln gegen richterliche Entscheidungen.

Erster Titel.

Einleitung.

Zweiter Titel.

Appellation. Allgemeine Lehre.

Dritter Titel.

Appellations-Verfahren.

Vierter Titel.

Supplikation oder Retraktation.

Fünfter Titel.

Rechtsherstellung gegen Urtheile, in integrum restitutio.

Sechster Titel.

Richtigkeitsbeschwerde, querela nullitatis.

Siebenter Titel.

Außergerichtliche Berufung, appellatio extrajudicialis, provocatio ad causam.



Verzeichniß der Druckfehler.



Seite 14	Zeile 9	v. o.	lies	So statt Sie.
„ 19	„ 9	v. o.	„	d e m Mandirten.
„ 26	„ 5	v. u.	„	efficaciter statt officaciter.
„ 33	„ 3	v. o.	„	Den statt Der.
„ 48	„ 8	v. o.	„	16 statt 15.
„ 65	„ 24	v. o.	„	beauftragten statt Beauftragten.
„ 93	„ 15	v. o.	„	aufschiebende statt aufschreibende.
„ 117	„ 17	und 18	soll	„eine" wegfallen.
„ 123	„ 13	v. o.	lies	Beweislast statt Beweiskraft.
„ 133	„ 13	v. o.	„	Den statt Dem.
„ 136	„ 7	v. o.	„	den statt wen.
„ 136	„ 19	v. o.	„	auch statt doch.
„ 137	„ 4	v. o.	„	ermittelt statt vermittelt.
„ 151	„ 6	v. u.	„	In testimoniis statt Testimoniis.
„ 163	„ 13	v. o.	„	jüngeren statt fängeren.
„ 213	„ 13	v. u.	„	45 statt 47.
„ 219	„ 8	v. o.	„	so denn statt sondern.
„ 232	„ 8	v. u.	„	den statt der.
„ 234	„ 11	v. o.	soll	„durch" wegfallen.
„ 253	„ 18	v. o.	lies	3 statt 9.
„ 285	„ 20	v. o.	„	Delikten statt delikten.
„ 312	„ 7	v. o.	„	Strafenhäufung statt Strafanhäufung.
„ 330	„ 14	v. o.	„	Unterbrechungen statt Berechnungen.
„ 336	„ 1	v. u.	„	2 statt 3.
„ 337	„ 16	v. o.	„	excludi statt exclusi.
„ 421	„ 5	v. o.	„	Angeklagten statt Anklagten.
„ 432	„ 13	v. o.	„	beschuldigten statt beschuldigen.
„ 456	„ 9	v. o.	„	vorgekommene statt vorgekommen.
„ 486	„ 17	v. o.	„	affirmant statt afferment.
„ 486	„ 18	v. o.	„	laboret statt laberet.

Druck von L. Schwann in Neuß.

